



Relevé d'office du juge et droit de la consommation

Annelieke Gillotot

► To cite this version:

Annelieke Gillotot. Relevé d'office du juge et droit de la consommation. Droit. Université d'Avignon, 2014. Français. NNT : 2014AVIG2040 . tel-01189277

HAL Id: tel-01189277

<https://theses.hal.science/tel-01189277>

Submitted on 1 Sep 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITÉ D'AVIGNON
ET DES PAYS DE VAUCLUSE
ÉCOLE DOCTORALE : CULTURE ET PATRIMOINE
FACULTÉ DE DROIT, ÉCONOMIE, GESTION
LABORATOIRE : BIENS, NORMES, CONTRATS - ED 537

THÈSE DE DOCTORAT

Discipline : Droit privé et sciences criminelles

Spécialité : Droit des contrats

Relevé d'office du juge et droit de la consommation

Par Annelieke GILLOTOT

Sous la codirection de :

Mme Agnès MAFFFRE-BAUGÉ,

Maître de Conférences-HDR, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

Et la codirection de :

Mr Arnaud MARTINON

Professeur, École de droit de la Sorbonne (Paris1)

Composition du jury :

Mr Christophe ALBIGÈS, Professeur, Université Montpellier I, rapporteur.

Mr Malo DEPINCÉ, Maître de conférences-HDR, Université Montpellier I, rapporteur.

Mme Agnès MAFFFRE-BAUGÉ, Maître de Conférences-HDR, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

M. Daniel MAINGUY, Professeur, Université Montpellier I.

Mr Arnaud MARTINON, Professeur, École de droit de la Sorbonne (Paris1)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Un grand nombre de personnes ayant participé sous différentes formes à l'élaboration de ce travail, des remerciements doivent introduire ces travaux de recherche.

Ils s'adressent d'abord à Monsieur MARTINON qui m'a encouragé dans cette voie et surtout qui m'a accordé sa confiance en ayant accepté de diriger mon travail. Je le remercie vivement de m'avoir permis de donner des travaux dirigés de droit social européen, une expérience qui fut pour moi très enrichissante.

Ils vont ensuite naturellement à Madame MAFFRE-BAUGÉ pour son soutien, ses conseils et sa présence dans tous les instants. Ayant effectué mon mémoire de Master I sous sa direction, c'est naturellement vers elle que je me suis tournée lorsqu'une codirection de mes travaux de recherches s'est imposée. Je la remercie infiniment d'avoir accepté de la prendre en charge.

Je remercie également Madame Bérengère GLEIZE pour m'avoir permis de mener les travaux dirigés de régime général des obligations ainsi que Madame PARTYKA pour son soutien constant et sa bienveillance à mon égard. Je remercie vivement Monsieur MALLEM et Monsieur HEBBARD ainsi que l'ensemble des personnels administratifs de l'Université d'Avignon de m'avoir apporté très souvent leur aide.

Je n'oublie pas Madame Camille ALLIEZ, Madame Cynthia GALLI et Monsieur Frédéric GAULT, avocats au barreau d'Avignon et de Nîmes, Monsieur Guillaume FAUVET, juge au Tribunal d'instance de Pertuis ainsi que le juge du Tribunal d'instance de Nîmes qui ont tous participé activement à la réalisation de ces recherches. Leurs réflexions ont été pour moi d'une grande richesse.

Enfin, je remercie Monsieur Benjamin EQUIN pour son aide très précieuse, Messieurs Henrik DEBRIER, et Abdenbi ALLOUCH pour leurs conseils et leur amitié, ainsi que l'ensemble de mes camarades du laboratoire pour nos riches échanges.

Je pense à mes amis, ma sœur Marieke, mes parents et ma famille qui ont été d'un appui très important et ont notamment accepté de se soumettre à la tâche difficile de la relecture. Pour tout cela je les remercie infiniment.

A mes parents, pour leur soutien sous toutes ses formes.

A Adélaïde, de croire en moi.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

1 ^{re} civ.	Première chambre civile
2 ^e civ	Deuxième chambre civile
3 ^e civ.	Troisième chambre civile
Act.	Actualité
Aff.	Affaire
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. com.	Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. soc.	Bulletin des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation
C.	Code
C/	Contre
C. Consom.	Code de la consommation
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCA	Commission des clauses abusives
CDD	Contrat à durée déterminée
CDI	Contrat à durée indéterminée
CE	Conseil d'Etat
CEE	Conseil des Communautés Européennes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme

Cf.	Confer : renvoi/« reportez-vous à »
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ.	Civil
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Com.	Chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Consom.	Consommation
CPC	Code procédure civile
Crim.	Chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
DGCCFR	Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
dir.	Direction
doct.	Doctorat
doss.	Dossier
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
FICP	Fichier des incidents de paiements
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Ibid.	Déjà cité, juste auparavant
in	Dans
INC	Institut National de la Consommation

Liste des principales abréviations

JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
JCP C	JCP édition concurrence consommation
JCP CCC	JCP édition contrats concurrence consommation
JCP Civ.	JCP de droit civil
JCP E	JCP édition entreprise et affaires
JCP G	JCP édition générale
JCP N	JCP édition notariale et immobilière
JCP Proc.	JCP procédure civile
JCP Soc.	JCP de droit Social
JORF	Journal officiel de la République française
Jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LME	Loi de modernisation de l'économie
LPA	Les petites affiches
NCPC	Nouveau code de procédure civile
n°	Numéro
n ^{os}	Numéros
note	Renvoi (à un n° de paragraphe) ou note (commentaire d'un auteur)
Obs.	Observation
p.	Page
Pan.	Panorama de jurisprudence
POL	Paul Otchakovsky-Laurens
PUF	Presse Universitaire de France
PUL	Presse Universitaire de Liège
RD ban. fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rép. Pr. Civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rev.	Revue

Rev. Lamy dr. civil	Revue Lamy droit civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	et suivants
Soc.	Chambre sociale
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
UE	Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	10
 PARTIE 1 – LE RELEVÉ D’OFFICE DU JUGE CONTROVERSÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION.....	 44
 TITRE 1 – Controverse du relevé d’office d’origine législative.....	 45
Chapitre 1 – La réglementation du relevé d’office par les principes directeurs.....	46
Chapitre 2 – La controverse du relevé d’office au sein des principes directeurs.....	110
 TITRE 2 – Controverse du relevé d’office de nature jurisprudentielle.....	 180
Chapitre 1 – Controverse née d’une réglementation hasardeuse des clauses abusives en droit interne.....	182
Chapitre 2 – Controverse réglée par une appréhension rigoureuse de la notion d’ordre public de protection.....	237
 PARTIE 2 – LE RELEVÉ D’OFFICE DU JUGE CONSACRÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION.....	 278
 TITRE 1 – Une consécration opportune du relevé d’office.....	 280
Chapitre 1 – Le relevé d’office consacré par la jurisprudence communautaire.....	281
Chapitre 2 – Le relevé d’office consacré par le législateur communautaire.....	355
 TITRE 2 – Une consécration partielle du relevé d’office.....	 444
Chapitre 1 – Le relevé d’office conçu par le juge européen.....	445
Chapitre 2 – Le relevé d’office reçu par le législateur français.....	519
 CONCLUSION GÉNÉRALE.....	 574
BIBLIOGRAPHIE.....	604
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	648
TABLES DES MATIÈRES.....	654

INTRODUCTION

« Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

L'esprit des lois de Montesquieu

« Robinson seul sur son île déserte vit sans droit.
Pas par choix, parce qu'il n'en a pas besoin.
Mais qu'arrive Vendredi, et arrive le droit »¹.

Inspirée par DEFOE, cette affirmation décrit de manière imaginée le commencement du droit. Elle souligne très justement que dès lors que des rapports humains se forment, les relations juridiques prennent vie. Ces derniers sont largement contractuels, et ce sont eux qui retiendront notre attention dans cette étude.

1. Une autonomie de la volonté en progression. – D'abord soumis au formalisme du droit romain, le contrat est dominé par le principe du consensualisme sous l'influence de la religion chrétienne : les engagements oraux sont respectés grâce à la foi jurée², même si on retrouve des textes (relatifs à la tromperie) à Rome et en Mésopotamie, ayant pour objet de moraliser les relations entre le producteur et le consommateur. Progressivement, le contrat consensuel se fonde sur l'individualisme et le libéralisme économique. Selon la professeure L. ROLLAND, « la volonté est créatrice d'obligation, et c'est la seule source créatrice »³.

Le principe de l'autonomie de la volonté dont les précurseurs ont été entre autres les philosophes ROUSSEAU et DIDEROT prend son envol dès le XVIII^e siècle⁴. Ce dernier est défini comme un « principe de philosophie juridique et de théorie générale du droit en vertu duquel la volonté librement exprimée a le pouvoir de créer des obligations »⁵. Les individus sont enfin considérés comme étant à même capables de diriger leur vie puisqu'ils sont tous

¹ EOLAS (pseudonyme), « Le législateur est-il un être doué de raison? », Journal d'un avocat - Instantanés de la justice et du droit, *Délibéré sous Firefox et promulgué par Dotclear*, article du 18 avril 2014, en ligne : <www.maitre-eolas.fr>, accès : 15/octobre/2014.

*Ces travaux seront régulièrement ponctués de citations, d'adages et d'extraits d'articles et de solutions jurisprudentielles à titre de simples illustrations.

² La valeur de la parole est soulignée par E. LERMINIER, *Philosophie du droit*, Corpus des œuvres de philosophie en langue française, 1831, actualisé en 2008, p. 137 : « La parole humaine, garantie dernière et la plus sacrée de l'homme dans l'enfance des sociétés comme dans les époques les plus raffinées : car si le Romain s'engage irrévocablement par la religion de la parole, n'avons-nous pas le même cri, notre *parole d'honneur* ? ».

³ L. ROLLAND, « *Qui dit contractuel, dit juste.* » (Fouillée) ...en trois petits bonds, à reculons, communication faite au XI^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, *Les principes généraux de droit*, à Tunis, en novembre 2005 (colloque non publié).

⁴ Pour un exposé détaillé de l'évolution historique du droit des obligations, v. Ph. MALAURIE, « Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », *JCP G*, 19 juillet 2000, vol. I, n° 29, 246.

⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 96.

libres et égaux en droit. La logique s'installe, « chacun est censé être le meilleur juge de ses intérêts »⁶.

2. La théorie de l'autonomie de la volonté⁷ s'accompagne nécessairement du principe de la liberté contractuelle. Cela signifie qu'un contrat déséquilibré (et ce malgré les prévisions et les attentes des ultralibéraux) ne sera pas réglementé par le droit privé.

3. **Le Code civil, un outil insuffisant.** – Ces principes furent ensuite intégrés par le Code civil en 1804 véritable consécration de ces notions⁸. D'abord prévu pour aménager les contrats et leur régime, on l'a ensuite jugé si bien conçu, qu'on le destinait à intervenir dans tous les domaines. L'affirmation de FOUILLÉE (reprise de Kant) et selon laquelle « qui dit contractuel dit juste » exprime alors toute la confiance que la société accorde au contrat⁹.

Mais la réalité brise rapidement ces illusions, l'autonomie n'est qu'un leurre qui vole en éclat dès lors qu'elle s'exerce en dehors des limites réglementaires, et la nécessité d'un choix entre « liberté et protection »¹⁰ s'impose. Cet affaiblissement découle d'un phénomène d'urbanisation de masse entraînée par l'exode rural et dont les grandes villes bénéficient. Cet exode doublé d'une production de masse va entraîner une surconsommation. S'ajoutent à l'urbanisation les innovations industrielles et commerciales ainsi que des techniques commerciales nouvelles et l'apparition florissante des affiches publicitaires. De ces nouvelles techniques commerciales et contractuelles émerge la notion de clause dite « abusive » : « Le contrat n'est plus - mais l'a-t-il été un jour ? - exclusivement une rencontre des consentements; sa force obligatoire n'est plus fondée uniquement sur la volonté des parties. C'est, en tout cas, ce qu'implique l'introduction dans le droit positif de la notion de clauses abusives »¹¹. Le contrat ne peut plus demeurer dans « jardin secret des contractants »¹², et la théorie de la

⁶ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2000, p. 183.

⁷ Pour une analyse de l'autonomie de la volonté, v. L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, [Th. doct. : Droit privé : Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse : 2010, sous la dir. A. PELISSIER], p. 71.

⁸ L'article 1118 du Code civil prévoit même certains cas dans lesquels la lésion ne vicie pas les conventions.

⁹ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Préface C. SAINT-ALARY HOUIN, Tome I de l'Institut de Droit des Affaires à l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix- Marseille, 2000, p. 17. Cette force existe encore aujourd'hui à travers l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil.

¹⁰ Question posée à travers une discussion imaginaire entre J. CALAIS-AULOY et J. DE LA FONTAINE, in M.-L. MATHIEU-IZORCHE, «Un code de la consommation écrit à quatre mains, rencontre onirique entre deux amis», in *Liber Amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 688.

¹¹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, Rép. Civ. juin 2014.

¹² Expression et pensée empruntée à D. MAZEAUD, in « Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel" », *LPA* 7 mai 2004, n° 92, p. 47.

cause¹³, utilisée contre les clauses litigieuses, ne suffira pas à régler tous les litiges contractuels¹⁴.

4. **La « crise du contrat »¹⁵.** – Le législateur prend conscience qu'il est nécessaire d'intervenir pour rétablir cette confiance dans les relations contractuelles. Inspiré par SAINT THOMAS D'AQUIN¹⁶, il multiplie les réglementations relatives à de nombreux contrats, créant ainsi un « essor du dirigisme ». Le législateur développe d'autres droits, tel que celui des assurances ou le droit des transports et intervient ponctuellement sur des domaines précis pour se défaire des principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté et adapter le droit à la réalité. Le droit civil, une des branches de droit commun, a vu ses feuilles pousser progressivement et notamment celle du droit de la consommation¹⁷, né de l'effondrement du principe de l'autonomie de la volonté. Le mouvement enclenché par R.NADER, avocat américain, et grand fédérateur des mouvements consuméristes aux Etats-Unis s'est poursuivi en Europe vers 1970. J. ROYER, sensible au consumérisme, a voulu doter la France de textes sur les pratiques commerciales : le 22 décembre 1972¹⁸, une première loi relative au démarchage à domicile¹⁹ intervient dans le paysage législatif puis une seconde, le 27 décembre 1973²⁰ (dite « Royer », modifiée par celles dites « Raffarin »²¹ et

¹³ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 143 : « [...] la cause de l'obligation du débiteur est le but immédiat et direct qui le conduit à s'engager. [...] nécessaire à la validité des actes juridiques, elle est toujours la même pour chaque catégorie d'actes ». Sur cette notion au regard des clauses abusives, v. X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.*, 2007, p. 740 ; J.-P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996) », *JCP G* 15 juillet 1998, n° 29, I 152.

¹⁴ Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632, Bull. com. 1996 IV, n° 261, p. 223, *Chronopost* (clause limitative de responsabilité réputée non écrite) ; Cass. 3^e civ. 30 octobre 2002, n° 01-01.219, Bull. civ. 2002 III, n° 211, p. 181 : « Sur le moyen de pur droit, relevé d'office, après avis donné aux parties : Vu l'article 1131 du Code civil ; Attendu que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet ».

¹⁵ Expression reprise d'H. BATTIFOL et qui marque une période de surenchère législative. A titre d'exemple : le législateur édicte deux lois dans le domaine du prix de vente des fonds de commerce au lendemain du « jeudi noir » de 1929.

¹⁶ Selon SAINT THOMAS D'AQUIN, « le droit c'est le juste » ; citation rapportée par H. TEMPLE, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Liber Amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 1084.

¹⁷ Sur les « relations » entre le droit commun du contrat et le droit spécial de la consommation, v. D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », in *Liber Amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 697.

¹⁸ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 « relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile ».

¹⁹ Modifiée par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 « relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales », puis abrogée par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 « relative au code de la consommation ».

²⁰ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 « d'orientation du commerce et de l'artisanat ».

²¹ Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 « relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat ».

« Galland »²²), venue encadrer l'économie du marché et protéger les « petits » concurrents et fournisseurs par le biais de la publicité trompeuse.

Matière jeune, le droit de la consommation est un droit d'actualité sans cesse en mouvement pour s'adapter à la société dans laquelle il s'inscrit. La jurisprudence participera à en forger les bases ; or, « le juge, c'est d'abord celui qui fait la jurisprudence, au sens où il participe à sa création »²³. Le droit de la consommation étant une matière jeune il aura nécessairement des défauts qui devront être ajustés au fur et à mesure de son application par les juges, premiers spectateurs des effets de la réglementation du droit de la consommation sur les rapports contractuels, et pionniers de la mise en marche de ce droit naissant.

I. Le droit de la consommation

5. Définition. – La notion de « consommation » vient du latin « *consummare* » qui signifie « accomplir ». De manière large, la « consommation » est une notion qui renvoie à la réalisation, ou l'accomplissement de quelque chose²⁴. Elle est donc l'aboutissement de la production de biens et de services par leur acquisition ou utilisation. Cette acquisition est rendue possible par le biais d'un rapport contractuel formé entre deux cocontractants : celui qui propose, et celui qui acquiert. Le droit de la consommation va régir ce rapport contractuel. La composition de ce droit (A) révèle à la fois son champ d'application mais aussi sa « cause » (B).

A. La composition du droit de la consommation

Cette expression, tirée d'un autre siècle, est séduisante. Pourtant, la composition du droit de la consommation ne sera pas aussi simple à déterminer. D'abord l'« Etat » se sert de plusieurs outils pour règlementer le droit de la consommation (1), et « les sujets » (2) auxquels il entend en faire application ne sont pas si faciles à définir.

²² Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 « sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ».

²³ C. PATRICK, « Le juge, la jurisprudence et le droit international privé », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Lextenso, 2008, p. 192.

²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris : PUL, 2011, p.245.

1° Les outils du droit de la consommation

S'il n'existe effectivement qu'un seul Code de la consommation (a), ce dernier profite d'un apport important du droit européen de la consommation (b).

a) Le Code de la consommation

6. Deux lois « Scrivener ». – Ces lois interviennent successivement le 10 janvier 1978²⁵ et le 13 juillet 1979²⁶ pour créer un Code de la consommation destiné à protéger les consommateurs²⁷. Puis s'élève l'initiative ambitieuse d'un Code de la consommation menée par le professeur CALAIS-AULOY à la demande de C. LALUMIÈRE, Ministre de la consommation, en 1982. Plus tard, la loi du 18 janvier 1992²⁸ prévoit, dans un article 12, la codification du droit de la consommation. Ce code réorganisait pour en faire un corps commun à droit constant, les dispositions relatives aux relations individuelles et collectives entre consommateurs et professionnels. Le 13 juillet 1993 le Parlement adopte définitivement la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation²⁹. Même s'il apparaît comme « [...] une compilation des textes existants »³⁰, la spécificité de ce code créé pour réglementer une matière jeune et évolutive qui s'adaptait mal au Code civil en fait véritablement un corps de « règles essentielles du droit contractuel contemporain »³¹.

Parallèlement, ce code est enrichi par le droit communautaire qui apporte largement sa pierre à l'édifice.

²⁵ Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 « relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », « Scrivener I ».

²⁶ Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 « relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier ».

²⁷ D. FERRIER, «Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel», in *Liber Amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 381 : l'auteur juge cette protection « illusoire ».

²⁸ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 « relative au renforcement de la protection des consommateurs ».

²⁹ Depuis son « avènement » « [...] c'est "le droit des faibles" qui échappe désormais au Code civil », in Y. PICOD, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *JCP CCC* décembre 2008, n° 12, étude 12.

³⁰ M. MAGNAN-FABRE, «Droit des obligations, par Le Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne (URA CNRS 1471) sous la dir. Jacques GHESTIN», *JCP G* 2 décembre 1992, vol. I, n° 49, 3632.

³¹ D. MAZEAUD, «Observations conclusives», *Revue des contrats*, 1^{er} janvier 2006, n° 1, p. 177.

b) Le droit européen de la consommation

7. Le traité de Lisbonne marquera un tournant pour ce droit devenu « le droit de l'Union européenne » à partir de 2009³². Le droit européen occupe une place essentielle dans cette étude car il participe à l'uniformisation³³ et à l'évolution du droit de la consommation³⁴ dont il est la « pièce maîtresse »³⁵, mais aussi du droit des contrats (d'autant qu'un droit européen des contrats est souhaité pour une uniformité des pratiques, une amélioration des échanges et une protection accrue des consommateurs³⁶, au point qu'émerge l'idée d'une « consumérisation du droit des contrats »³⁷). Son impact sur ces deux domaines n'est plus à démontrer³⁸. Au-delà de l'intervention du législateur³⁹, c'est celui de la Cour de justice qui

³² Ce droit sera d'abord évoqué suivant le terme « droit communautaire » (en vertu du « Traité instituant la Communauté Européenne » ou « TCE » signé à Rome le 25 mars 1957) pour l'être ensuite sous celui de « droit de l'Union », « droit de l'Union européenne » ou « droit européen » en vertu du « Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne » ou « TFUE » signé le 13 décembre 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

³³ Sur l'intérêt de cette uniformisation, v. A.-M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

³⁴ Sur cette évolution en droit « communautaire », v. T. BOURGOIGNIE, «Droit et politique communautaires de la consommation-Une évaluation des acquis», in *Liber Amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 95 s.

³⁵ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, Broché, 2008, p. 301.

³⁶ Divers projets naissent en vue de créer un Code européen des contrats. A titre d'illustrations : la Commission dite « Landö » et le droit européen des contrats ; la Commission dite « Gandolfi » et le Code européen des contrats ; J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1998, n°1 ; la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats (sur cette Communication : N. CHARBIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. - À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP G* 2 janvier 2002, vol. I, n°1, 100) ; la Commission européenne et le projet de cadre commun de référence 2003 ou « draft Common Frame of Reference » (sur ce projet, v. B. FAUVARQUE-COSSON, «Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés ?», *D.* 2008, p. 556 et P. REMY-CORLAY, «Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen», *RTD Civ.* 2008, p. 258) ; une mondialisation du droit des contrats est envisagée par les « Principes Unidroit » « relatifs aux contrats du commerce international » ; le « Livre Vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs », est édicté par la Commission des Communautés européennes le 8 février 2007 (sur ce projet, v. G. PAISANT, «La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs. - À propos du Livre vert du 8 février 2007 », *JCP G* 9 mai 2007, vol. I, 152) ; le « Livre vert » du 1^{er} juillet 2010 relatif aux « actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » ; proposition de règlement du Parlement et du Conseil « relatif à un droit commun européen de la vente » du 11 octobre 2011 (sur ce projet, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, 34). Sur ces projets, v. et L. IDOT, «Droit européen des contrats : les travaux du groupe français», *Revue Europe*, mai 2008, n° 5, alerte 27.

³⁷ C. AUBERT DE VINCELLES, «Naissance d'un droit commun européen des contrats», *RTD Eur.* 2012, p. 661.

³⁸ A. MARTINON, «L'impact du droit européen sur le droit de la consommation. - Brefs regards sur une actualité», *RD ban. fin.* septembre 2011, n° 5, doss. 26.

³⁹ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » transposée par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 (article 3 JORF 2 février 1995) ; directive n° 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur* parue au Journal officiel n° L 149 du 11 juin 2005 p. 22 et modifiant la directive n° 84/450/CEE du Conseil et les directives nos 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement

révèle son utilité dans l'évolution de la réglementation du droit de la consommation, et qui, comme nous le verrons, fera basculer la question du relevé d'office du juge.

Droit de la consommation et droit européen formeront un ensemble de règles destinées aux sujets du droit de la consommation.

2° Les sujets du droit de la consommation

La détermination des sujets du droit de la consommation est nécessaire car elle précise le champ d'application de la réglementation qui vient d'être évoquée : les contrats conclus entre professionnels en sont exclus. Ce sont ceux conclus avec les consommateurs qui font la particularité de cette matière et l'intérêt de ces travaux de recherche. Celle-ci oppose un « professionnel » (b) à un « consommateur » (a)⁴⁰ ; le premier prend l'ascendant sur le second, du fait de sa compétence technique, et de son avantage économique, mais aussi du fait de la spécificité des contrats qu'ils concluent ensemble. C'est une relation contractuelle qui oppose deux parties très différentes, motivées par des besoins différents et soutenues par des moyens différents.

a) Le « consommateur »

« Nous sommes tous, par définition, des consommateurs ».

8. Cette citation, très connue, tirée d'un discours tenu par J.F. KENNEDY au Congrès du 15 mars 1962 résume bien la notion. Il souligne le poids économique des consommateurs et, dans le même temps, la négligence de leurs intérêts par les pouvoirs publics. Le poids économique du consommateur ne fait plus de doute, mais la loi n'en donne pas de définition. Cette dernière est pourtant essentielle car elle conditionne l'accès de ce dernier à la protection

européen et du Conseil ; directive n° 2008-48 du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, JO L 133 du 22 mai 2008, p. 66 ; directive n° 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 « relative aux droits des consommateurs » ; directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 « relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation » (RELC), d'harmonisation minimale, dont le délai de transposition expire le 9 juillet 2015.

⁴⁰ Le droit de la consommation peut intervenir dans les conflits opposant deux professionnels, et desquels ressortent des inégalités issues d'une dépendance ou « domination » économique entre les parties ; mais ces conflits ne constituent pas le sujet de cette étude (sur cette question, v. V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, préface C. SAINT-ALARY HOUIN, Tome I de l'Institut de Droit des Affaires à l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix- Marseille, 2000, *précité*, p. 34 ; P. NEAU-LEDUC, « Les contrats passés dans le cadre de relations professionnelles habituelles ne sont pas soumis aux règles du droit de la consommation », note sous Cass. com. 23 novembre 1999, n° 96-21.869, Bull. 1999 IV, n° 210 p. 178, *Sté Michenon*, JCP E 16 mars 2000, n°11, p. 463).

prévue par le Code de la consommation. Cette définition sera donc assurée par la jurisprudence⁴¹.

9. Le droit communautaire⁴², et notamment la directive 93/13 CEE du 5 avril 1993⁴³ définit le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Les critères dominants sont ceux relatifs à la personne « physique » (excluant les personnes morales⁴⁴), celle qui « agit », et qui exerce cette action à des fins personnelles et non pas « professionnelles »⁴⁵. Aucune définition n'était d'abord intégrée dans le Code de la consommation ; celle de l'emprunteur⁴⁶ n'apparaîtra qu'en 2010 laissant encore le droit des clauses abusives en retrait⁴⁷.

10. C'est très récemment que la loi « Hamon » a fini par « légaliser », sans nécessairement apporter toute la clarté souhaitée⁴⁸, la définition du consommateur par sa transposition de l'article 2, 1° de la directive de 2011⁴⁹. Il est désormais prévu un article préliminaire au Code de la consommation qui définit le consommateur comme : « [...] toute

⁴¹ CE, 11 juillet 2001, n° 221458, *Société des Eaux du Nord*. Dans le litige opposant la Société des Eaux du Nord aux sociétés Damart Serviposte et Commercial Union dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'abonnement de distribution d'eau, le Conseil d'Etat intègre les usagers d'un service public dans le champ d'application du droit de la consommation. En qualifiant les usagers de consommateurs, le Conseil d'Etat considère que la Société des Eaux du Nord est un professionnel ; cette qualification sera confirmée ensuite par la directive n° 2011/83/UE selon laquelle le professionnel peut être une personne publique ou privée. Pour un exposé de l'évolution jurisprudentielle de définition des sujets et de l'objet du droit de la consommation, v. X. HENRY, « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », *D.* 2003, p. 2557.

⁴² Pour une définition « communautaire » du consommateur, v. J. MEL, « La notion de consommateur européen », *LAP* 31 janvier 2006, n° 22, p. 5.

⁴³ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, article 2, b) : « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ».

⁴⁴ À cet égard, il est établi qu'une personne morale ne peut pas être qualifiée de consommateur ; CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99 et aff. C-542/99, *Cape Snc c/ Idéalservice* ; Cass. 1^{re} civ. 15 mars 2005, n° 02-13.285, *Bull. civ.* 2005 I, n° 135, p. 116.

⁴⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 238 : « La jurisprudence assimile parfois au consommateur le professionnel qui conclut un contrat sans lien direct avec son activité professionnelle ».

⁴⁶ L.311-1, 2° du Code de la consommation : « Au sens du présent chapitre, sont considérés comme : Emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

⁴⁷ La Cour de justice était intervenue pour préciser la notion de consommateur dans cette matière: CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99 et C-542/99, *Cape Snc c/ Idéalservice*, *précité* ; une étude comparée du droit pénal avait été proposée pour inspirer le droit civil dans la définition du consommateur : v. WESTER-OUISSE, « La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP G* 27 octobre 1999, vol. I, n° 43, 176.

⁴⁸ G. RAYMOND, « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *JCP CCC* mai 2014, n°5, doss. 3 : « On attendait une clarification et malheureusement le ciel s'obscurcit ».

⁴⁹ Directive n° 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 « relative aux droits des consommateurs ».

personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Le législateur a entendu exclure définitivement les personnes morales de la qualité de consommateurs⁵⁰, tout en conservant l'« activité professionnelle » comme critère dominant ; dans le même temps, le législateur a abandonné la définition générale du consommateur proposée par la directive de 1993 en précisant les domaines d'activités exclus de la protection. Ce faisant, le législateur a accordé la qualité de consommateur à des agriculteurs⁵¹ ou à des professionnels de la pêche par cette définition limitative⁵².

On constate que la distinction entre la définition du consommateur et celle du professionnel est parfois délicate.

b) Le « professionnel »

11. Définition *a contrario*. – C'est en miroir de celle du consommateur que la définition du professionnel peut être donnée. On doit donc comprendre, *a contrario* de l'article préliminaire, qu'il est la personne physique qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. La directive de 1993 définit ainsi le professionnel (article 2, c) : « Toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée », tandis que l'article 2,2) du 25 octobre 2011 n° 2011/83/UE est un peu plus détaillé : « Toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive » (des définitions que le législateur n'a pas pris la peine de faire apparaître dans le Code de la consommation). Au regard de la faiblesse du consommateur, c'est la compétence technique du professionnel qui

⁵⁰ S. PIEDELIÈVRE, « Bref aperçu sur la loi du 17 mars 2014 sur la consommation », *JCP N* 18 avril 2014, n° 16-17, act. 519.

⁵¹ Sous l'ancienne définition générale, l'agriculteur ne pouvait pas profiter de cette protection : Cass. 1^{re} civ. 2 juillet 2014, n° 13-16.312, Bull. civ. 2014, I : « Attendu que le texte susvisé ne s'applique pas aux professionnels ayant conclu un contrat de prestation de services en rapport direct avec leurs activités » ; l'article L.136-1 relatif à la reconduction des contrats est inapplicable car « Monsieur X..., agriculteur, a contracté avec l'AGC 50 pour la tenue des comptes et la gestion de son entreprise agricole ».

⁵² G. PAISANT, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G* 27 mai 2013, n° 22, 589. Le professeur regrette que la définition ne s'en tienne pas plutôt à l'« activité professionnelle », et qu'elle précise de manière inutile et limitative que cette activité est « [...] commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

est mise en évidence : « Etant réputé compétent et avisé, le professionnel est soumis à des règles dérogatoires protectrices du consommateur profane »⁵³.

En reprenant le détail de la directive de 2011, le législateur français exclut de manière critiquable certains cocontractants de la protection prévue par le droit de la consommation : les « petits » professionnels. La faiblesse de la partie à protéger ne devrait pas être déterminée en fonction de sa qualité de consommateur ; le droit de la consommation devrait viser des cocontractants faibles et à partir de cette faiblesse, leur accorder la qualité de consommateur. Même s'il serait difficile voire impossible à déterminer, le critère de la faiblesse serait plus proche de la réalité car beaucoup de cocontractants agissant en tant que professionnels sont concrètement en situation de faiblesse et d'ignorance dans le domaine duquel ils contractent (tels que les petits artisans, etc..) ; ils mériteraient que leur soit accordée une protection particulière⁵⁴. Même si le professionnel souscrit un contrat de consommation dans le cadre de son activité, il n'est pas pour autant dans une situation différente de celle du consommateur. Il demeure, certes, un professionnel, mais il n'est pour autant pas plus compétent dans le domaine dans lequel il contracte qu'un consommateur *lambda*⁵⁵ (on pense au vendeur de produits alimentaires qui achète une imprimante pour les besoins de sa société). Si la définition étant nécessairement imparfaite, c'est à la jurisprudence de l'adapter aux cas d'espèce. Pourtant, la Cour de cassation va s'attacher au critère du rapport direct avec l'activité de la société en question⁵⁶, peu importe que le professionnel ait agi en dehors de sa sphère habituelle de compétence.

⁵³ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 749.

⁵⁴ Cette opinion est partagée par M^e C. ALLIEZ ; cf. annexe 1 : entretien avec Maître C. ALLIEZ du mardi 29 juillet 2014 à Nîmes ; v. C. ALLIEZ, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation*, [Th. doct. sous la dir. J.-L. RESPAUD : Droit privé et sciences criminelles : Montpellier I : 2008].

⁵⁵ A propos de l'action de groupe mise en place par la loi « Hamon » : A.-S. CHONÉ-GRIMALDI et L. RASCHEL, « L'action de groupe à la française: tout vient à point à qui sait attendre! », *Responsabilité civile et assurances*, mai 2014, n° 5, étude 4 : « il est dommage que la loi ait ainsi écartée du bénéfice de l'action de groupe les « petits » professionnels, fournisseurs par exemple, qui auraient certainement eu besoin de la même sollicitude que celle accordée aux consommateurs... ».

⁵⁶ Cass. 1^{re} civ. 24 janvier 1995, n° 92-18.227, Bull. civ. 1995 I, n° 54 p. 38 ; Cass. 1^{re} civ. 5 mars 2002, n° 00-18.202, Bull. civ. 2002 I, n° 78, p. 60, *Commune de B / S. A.* ; JCP G 31 juillet 2002, n° 31, II, 10123, p. 1459, note G. PAISANT ; Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2002, n° 99-16.574, Bull. civ. 2002 I, n° 143, p. 110, *B. / SA Banque L.*

L'essence et la cause du droit de la consommation sont basées sur la qualité et la spécificité des sujets du droit de la consommation : « Le contrat de consommation est donc le contrat qui, en raison de la qualité des parties, se trouve soumis à un socle de règles communes dérogatoires au droit commun »⁵⁷.

B. La « cause » du droit de la consommation

*« S'il y a des situations de vulnérabilité,
il ne saurait y avoir de traitement uniforme »⁵⁸.*

La vulnérabilité du consommateur est telle que sa protection est nécessaire dans ses rapports contractuels litigieux avec le professionnel. La protection assurée par le droit de la consommation s'impose au regard des risques que présentent les clauses abusives au sein des contrats conclus ou proposés par les professionnels (a), mais aussi, voire surtout, au regard des risques du crédit pour les consommateurs et duquel découle le droit du surendettement (b).

a) Les clauses abusives

12. Premier risque considérable pour les intérêts du consommateur : la clause abusive. Ce domaine est défini par D. BOSCO comme un contentieux à trois visages car il serait de masse, économique et social⁵⁹. Dans le même sens, le danger que présentent les clauses abusives pour le consommateur est issu d'une contractualisation de masse. Cette dernière se traduit par la proposition de contrats dits « standards », ou « d'adhésion » par le professionnel⁶⁰ ; rédigés unilatéralement, le consommateur ne peut pas en négocier le contenu (conçu à l'avantage du professionnel⁶¹). Le procédé est simple : soit on signe et on accepte les conditions générales du contrat, soit on ne signe pas. Obligés, dans une certaine mesure, à

⁵⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, Rép. Civ., juin 2014, *précité* : « La qualité de consommateur, fondée sur sa position économique, est fonctionnelle au sens où elle provoque l'application d'un régime protecteur ».

⁵⁸ X. LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel, Cour de cassation, 2009, en ligne : <<http://www.courdecassation.fr>>.

⁵⁹ D. BOSCO, *Le contentieux des clauses abusives*, Rapport de recherche, DEA de Droit privé, Faculté de droit, Aix-Marseille : Thémis, 1999, p. 2.

⁶⁰ Pour un exposé de l'évolution du contrat d'adhésion au regard du Code civil et du droit de la consommation, v. F. X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 5 mai 1993, vol. I n° 18, 3673.

⁶¹ Un avantage pris par le biais de clauses limitatives de responsabilités ou d'exonération.

contracter (le service de la carte bleue par exemple), ils placent le consommateur en position de faiblesse.

13. Définition. – Une clause abusive est celle « [...] figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur qui a pour objet ou pour effet de créer au détriment du non-professionnel ou consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations du contrat »⁶². Le danger qu'elle présente pour le consommateur réside dans le déséquilibre qui penche en faveur du professionnel à l'origine du contrat, elle méprise les intérêts du consommateur.

14. Cette définition se fonde sur l'article 3, 1° de la directive de 1993 qui prévoit qu'« une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Les points qui suivent apportent des éclaircissements sur les caractéristiques de la clause abusive (« rédaction préalable », « contrat d'adhésion », « clause standardisée »...). La réglementation des clauses abusives a subi plusieurs réformes : prévues à l'article L.132-1 du Code de la consommation, elles sont modifiées en 1995⁶³, améliorées en 2008⁶⁴, puis à nouveau en 2010⁶⁵ et sanctionnées en 2014⁶⁶.

15. Sanction. – Mises à part les sanctions et sur lesquelles il conviendra de revenir, le principe veut que la clause abusive soit réputée non écrite⁶⁷. Le 6^e alinéa de l'article L.132-1 du Code de la consommation⁶⁸ a respecté en cela les vœux du législateur communautaire⁶⁹. C'est une nullité qui respecte les intérêts du consommateur qui ne se voit pas contraint de

⁶² S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.169. Cette définition se base sur celle de l'article L.132-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation.

⁶³ Loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 « concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial ».

⁶⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 « de modernisation de l'économie ».

⁶⁵ Loi *Lagarde* n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 « portant réforme du crédit à la consommation », de transposition de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 « concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 » (sur cette directive, v. G. RAYMOND, « Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE », *JCP G* 26 novembre 2008, n° 48, vol. I, 215)

⁶⁶ Loi *Hamon* n° 2014-344 du 17 mars 2014 « relative à la consommation », de transposition de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 : création d'un nouvel article L.132-2 au Code de la consommation qui prévoit des sanctions pécuniaires.

⁶⁷ Sur cette sanction v. V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 21 juillet 1993, vol. I n° 28, 3691.

⁶⁸ Article L.132-1, alinéa 6 du Code de la consommation : « Les clauses abusives sont réputées non écrites ».

⁶⁹ Article 6, 1° de la directive de 1993 : « Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

rendre ce qui a été reçu ou de rembourser ce qui a été perçu (tels seraient les effets d'une nullité du contrat en son entier⁷⁰). C'est la sanction du « réputé non écrit » : la nullité d'une clause illicite « [...] ne retentit pas sur le sort du contrat qui la contient. [Elle] doit recevoir application tant qu'elle n'a pas été déclarée telle par le juge »⁷¹.

Cette nullité est inadaptée en droit du crédit à la consommation qui profite d'un autre régime de sanction.

b) Le crédit à la consommation

16. Il est intéressant de noter que le crédit à la consommation présente en lui-même un risque pour les consommateurs (α). Ce risque est exacerbé lorsque ce crédit est proposé de manière irrégulière (β).

α) Le risque du crédit à la consommation

17. Définition. – Prévu aux articles L.311-1 s. du Code de la consommation⁷², relevant de la compétence du juge d'instance⁷³, le crédit à la consommation est classiquement défini comme la mise à disposition d'une somme d'argent par un prêteur à un emprunteur. Plus précisément, c'est un « [...] contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire [...] »⁷⁴, en général, moyennant le paiement d'intérêts⁷⁵.

Nécessaires aux « [...] besoins personnels ou familiaux du consommateur [...] »⁷⁶, certains d'entre eux ont un besoin urgent de pouvoir d'achat ; cette urgence les amènera à être moins vigilants et raisonnables dans la souscription d'un crédit. Ce manque de vigilance est

⁷⁰ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 633 ; « Nullité » : « Sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation ».

⁷¹ *Ibid*, p. 628.

⁷² Dispositions issues de la loi *Lagarde* n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, récemment réformées partiellement par la loi *Hamon* du 17 mars 2014.

⁷³ Article L.311-52 du Code la consommation.

⁷⁴ Article L.311-1, 4° du Code de la consommation.

⁷⁵ Le crédit onéreux n'est pourtant pas le principe : l'article L.311-2, alinéa 1^{er} du code vise aussi les opérations de crédits conclues à titre gratuit.

⁷⁶ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.278.

aggravé par une connaissance fragile du domaine dans lequel ils contractent et par la difficulté d'anticipation et d'évaluation de leur capacité financière au regard des crédits « renouvelables »⁷⁷. Ce n'est pas seulement une « opération par laquelle une personne met ou fait mettre une somme d'argent à la disposition d'une autre personne en raison de la confiance qu'elle lui fait »⁷⁸, mais c'est surtout une activité lucrative pour les établissements de crédit⁷⁹. Cet enrichissement se fait parfois au détriment des consommateurs qui, à cette occasion, peuvent connaître une situation de surendettement.

18. Le surendettement. – Ce surendettement, le crédit en est l'une des principales causes, d'autant plus qu'il est envisagé par le Code de la consommation dans un Titre 1 du Livre III consacré à l'endettement (même si c'est d'abord un défaut de pouvoir d'achat qui a poussé le consommateur à souscrire un crédit) : « Les Français s'endettent de plus en plus aujourd'hui. Libéré des contraintes qui le bridaient, le crédit à la consommation connaît une véritable "explosion" »⁸⁰. Encore aujourd'hui, la Banque de France parle de hausse de la souscription de crédits⁸¹ ; celui dit « renouvelable » (terme qui remplace : « revolving ») étant le plus dangereux de tous pour les consommateurs : « Le nombre des litiges liés à la consommation est en constante augmentation et [...] certaines formes de crédit poussent aux abus et notamment l'usage déraisonnable du crédit permanent. L'examen des situations de surendettement fait ressortir le rôle déterminant joué par le crédit *revolving* pour 80 % des cas ».

19. Le traitement du surendettement⁸². – Lorsque les consommateurs ne peuvent plus assumer le(s) crédit(s) contracté(s) et procéder à leurs remboursements, la situation peut relever du « surendettement » qui est la « qualification législative d'une situation caractérisée,

⁷⁷ Cf. annexe 3 : entretien avec G. FAUVET, juge du TI de Pertuis, du jeudi 16 octobre 2014. Sur l'évolution historique du crédit « renouvelable » ou « permanent », v. S. GAUTIER, «Crédit permanent : martyr des juges du fond», *LPA*, 17 octobre 2005, n° 206, p. 3.

⁷⁸ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 6^e éd., PUF, 2004, p. 249.

⁷⁹ L'article L.311-1, alinéa 4 du Code de la consommation donne une définition précise du crédit en ces termes : « Opération ou contrat de crédit, une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture ». Cette définition lui permettra par la suite d'appliquer les dispositions propres au traitement du surendettement selon un champ d'application bien défini.

⁸⁰ G. PAISANT, «La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages», *JCP G* 25 juillet 1990, vol. I, n° 29, p. 3457.

⁸¹ Banque de France, « Crédits aux particuliers », août 2014, en ligne : <<http://www.banque-france.fr>>, accès : 02/10/2014.

⁸² Article L.330-1 s. du Code de la consommation.

pour les personnes physiques, par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir [...] »⁸³ ; en d'autres termes, il s'agit de l'« endettement extrême d'un particulier débiteur de bonne foi »⁸⁴. C'est par un glissement du droit des affaires que le surendettement des particuliers avait été aligné sur celui des entreprises. En effet, malgré la mise en place de moyens destinés à assurer la prévention du surendettement⁸⁵, ces derniers ne permettent pas toujours aux particuliers d'y échapper⁸⁶.

S'ils n'échappent pas toujours au surendettement, les consommateurs s'exposent aussi au risque des crédits irréguliers.

β) Le risque du crédit à la consommation irrégulier

20. L'irrégularité du crédit résulte d'un non-respect de la réglementation relative au droit du crédit⁸⁷ : défaut d'information, de mention expresse dans le contrat de crédit, irrégularité dans l'offre préalable du contrat de crédit⁸⁸, défaut de consultation du fichier des incidents de paiement par le professionnel... L'enjeu est de taille pour le professionnel qui, s'il ne se conforme pas aux obligations que lui impose le législateur, risque de perdre son droit aux intérêts produits par le contrat de crédit conclu avec le consommateur.

⁸³ Article L.330-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation repris par S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.897.

⁸⁴ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 6^e éd., PUF, 2004, *précité*, p. 882.

⁸⁵ La création d'un fichier des incidents de paiement (FICP) participe à la prévention du surendettement ; il doit être consulté par les professionnels avant d'accorder un prêt au consommateur (article L.311-9 du Code de la consommation, issu de la loi *Lagarde* n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 « portant réforme du crédit à la consommation ») ; mais la portée du texte suscite quelques interrogations, notamment quant à l'existence d'un réel devoir du professionnel de refuser un crédit excessif, ou d'une simple faculté. Alors que le législateur ne fait que menacer d'irrecevabilité les professionnels qui ne se seraient pas renseignés sur la solvabilité de l'emprunteur, il avait été relevé mais aussi espéré que l'écriture du texte leur impose aussi le devoir de refuser un crédit excessif (sur ce point v. V. LEGRAND, « Proposition de loi tendant à prévenir le surendettement : du devoir de refuser un crédit excessif au droit de ne pas payer ses dettes... », *D.* 2012, p. 2901). La jurisprudence a aussi défini les contours d'une obligation de mise en garde en retenant la responsabilité d'établissements de crédits ayant contribué ou entraîné le débiteur en état de surendettement en leur proposant des crédits inadaptés (Cass, 1^{re} civ. 27 juin 1995, n° 92-19.212, *Bull. civ.* 1995 I, n° 287, p. 200 ; Cass, 1^{re} civ. 8 juin 2004, *Madec c/ CRCAM Finistère* ; Cass, 1^{re} civ. 25 juin 2009, n° 08-12.100, *Inédit*).

⁸⁶ Sur l'évolution législative de la prévention et du traitement du surendettement jusqu'à 2010 et un exposé de la réforme intervenue avec la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 « portant réforme du crédit à la consommation » venu réglementer la matière, v. S. PIEDELIÈVRE « Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers », *JCP G* 30 août 2010, n° 35, 858.

⁸⁷ Cf. annexe 4 : document distribué par le juge aux professionnels listant les moyens qu'il envisage de soulever d'office, et les documents dont la production est demandée.

⁸⁸ L'« offre préalable du contrat de crédit » devient l'« offre de contrat de crédit » avec l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 (sur les réformes apportées par cette loi, v. V. VALETTE-ERCOLE, « Vers un crédit responsable ? - À propos de la loi du 1^{er} juillet 2010 », *JCP G* 12 juillet 2010, n° 28, p. 779).

21. Sanction de l'irrégularité. – La déchéance⁸⁹ du droit aux intérêts est pour celui contre qui elle a été prononcée, la « perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice [...] »⁹⁰ et elle est « [...] encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc... »⁹¹. Cette déchéance est une sanction dérogatoire au droit commun⁹² qui doit « [...] s'appliquer exclusivement en cas de non-respect des conditions de formation du contrat de prêt dès lors qu'elle est prévue par le législateur »⁹³. Elle peut être prononcée par le juge lorsque le professionnel n'a pas respecté les obligations qui lui incombent, en vertu de l'article L.311-48 du Code de la consommation⁹⁴.

Ainsi, aux côtés des sanctions de droit commun (jugées inadaptées⁹⁵), les professionnels s'exposent aux sanctions spéciales du droit de la consommation qui s'attachent aux irrégularités présentes au sein des contrats de crédit⁹⁶ : « L'objectif d'une protection préventive à travers des mesures destinées à encadrer la phase précontractuelle comme celles qui concernent les mentions obligatoires contenues dans les offres de crédit, se démarque du droit commun des obligations et constitue notamment par les sanctions spécifiques prévues en cas de non-respect du formalisme des contrats de crédit, une des particularités du droit de la consommation »⁹⁷. Controversée en raison de son caractère particulier, elle entend « responsabiliser » les pratiques professionnelles⁹⁸ par une punition pécuniaire, alors qu'elle ne devrait être que le moyen de rétablir un équilibre dans la relation contractuelle.

⁸⁹ Sur la notion de déchéance envisagée de manière isolée, v. E. PUTMAN, « Fanny LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles* », *RTD Civ.* 2009, 805.

⁹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 9^e éd., Paris : PUF, 2011, *précité*, p. 297.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Sur les aspects de cette sanction, v. B. BOULOC, « La perte du droit aux intérêts », in *Liber Amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004.

⁹³ M.-S. RICHARD, « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », Rapport annuel du Conseiller référendaire à la Cour de cassation, 2004, en ligne : <www.courdecassation.fr>, accès : 19/10/2014.

⁹⁴ Sanction modifiée par l'article 18 de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010. A titre d'illustration, sous l'ancien article L.311-33 du Code de la consommation : Cass, 1^{re} civ. 17 juillet 2001, n° 98-22.364, Bull. civ. 2001 I, n° 233, p. 146 ; *JCP E* 10 février 2002, n° 2, p. 74, note O. LUTUN.

⁹⁵ Sur les conséquences « désastreuses » de la nullité pour le consommateur/emprunteur : S. PIEDELIÈVRE, « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », *JCP N*, 9 juin 1995, n° 23, p. 889.

⁹⁶ Cass, 1^{re} civ. 20 juillet 1994, n° 92-19.187, Bull. civ. 1994 I, n° 262, p. 191 (cumul de la nullité du contrat et de la déchéance).

⁹⁷ M.-S. RICHARD, « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », Rapport annuel du Conseiller référendaire à la Cour de cassation, 2004, en ligne : <www.courdecassation.fr>, accès : 19/10/2014, *précité*.

⁹⁸ X. LAGARDE, « Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation », *JCP G*, 25 février 2009, vol. II, n° 9, 10037, p.3.

22. « Élément essentiel au caractère normatif d'une règle »⁹⁹, cette sanction illustre « l'effet prophylactique »¹⁰⁰ du droit de la consommation qui présente un caractère impératif au regard des autres matières. La question du relevé d'office a un intérêt directement rattaché aux sanctions qui gouvernent le droit de la consommation puisqu'il en sera le décideur. L'efficacité du droit de la consommation dépend de celle des sanctions qui lui sont attachées, et qui composent le caractère obligatoire des règles du droit de la consommation, à l'image de la carotte et du bâton. Car si « [...] la contrainte n'est pas une condition indispensable de l'existence [...] »¹⁰¹ de certaines règles de droit, une bienveillance spontanée des professionnels ne suffit pas au droit de la consommation.

Clauses abusives et droit du crédit se placent au cœur de cette étude. C'est une problématique commune qui les rassemble : celle de la protection du consommateur. C'est à l'égard de ces deux notions qu'a été malmené l'office du juge au cours de ces trente dernières années.

II. L'office du juge en droit de la consommation

23. Avant d'être assurée par les juges, la justice était d'abord encadrée par le Roi¹⁰². Mais certains procédés de justice privée existent aussi : ce sont les modes alternatifs de résolution des conflits qui font de la justice privée une notion nécessaire au bon fonctionnement de la justice. Mais si ce sont des moyens de justice privée « sur mesure », l'intervention d'un tiers (juge privé) est cependant toujours nécessaire afin de garantir une solution équitable. A l'inverse des procédés de justice privée archaïques, il ne s'agit pas ici de se venger de l'autre mais de trouver un terrain d'entente afin que chacun puisse être satisfait. Ce mode de règlement des litiges extra-judiciaire (A) se distingue alors de celui judiciaire (B).

⁹⁹ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 853.

¹⁰⁰ Expression reprise de Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012.

¹⁰¹ Sur la particularité de la *soft law* : *Ibid.*

¹⁰² Ce rôle lui était conféré en raison de sa légitimité Divine, ce qui témoigne de l'évolution de la justice jusqu'à aujourd'hui ; G. BOLARD & S. GUINCHARD, « Office du juge - Le juge dans la cité », *JCP G* 29 mai 2002, n°22 : « C'est une fonction proprement extraordinaire que la fonction de juger. Les juristes médiévaux n'avaient pas tort d'y voir une prérogative divine. Mais elle est exercée par des juges qui n'ont rien de divin ». Au XIII^e siècle, cette justice naissante est illustrée par le règne de Saint Louis ou « Louis IX » (1214-1270), dont il est dit que celui-ci avait pour habitude de s'asseoir au pied du chêne de Vincennes après la messe et de demander à ses sujets : « Y- a t'il ici quelqu'un qui ait un litige ? ». Plus tard, au XVI^e siècle certains auteurs tels que COQUILLE, jurisconsulte et poète français, admettaient qu'une telle justice soit nécessaire : « Nos lois empêchent que chacun de son autorité se fasse droit et prenne sa raison par ses mains ». Le règne de Saint Louis fait alors aujourd'hui figure de pierre angulaire d'une réelle justice étatique qui sera par la suite assurée par des juges (Au XVII^e siècle, sous Louis XIV, est promulguée la grande ordonnance de 1667 relative à la procédure civile, appelée « Code Louis » ou même « Code civil »).

A. Le règlement des litiges extra-judiciaire

« *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ».

24. Malgré cet adage, il existe des moyens pour les contractants de régler leurs différends sans passer devant le juge¹⁰³. Ces moyens sont encadrés par la loi et concernent des situations particulières qui ne nécessitent une présence qu'*a posteriori* du juge. Il s'agit d'une absence partielle de ce dernier donc, puisque ces modes de justices privées sont tout de même soumis à son contrôle¹⁰⁴. Si l'on connaît le cas de légitime défense prévu en droit pénal¹⁰⁵, et dont on sait qu'il est strictement encadré, il existe aussi des façons en droit civil d'agir personnellement contre son cocontractant. Il s'agit de l'exception d'inexécution, le droit de rétention, ou la résolution du contrat pour inexécution.

Parallèlement il existait aussi des cas de justices sans droit notamment celles issues des coutumes des tribus Maori qui organisaient le jugement des coupables à travers un débat public entre lui, la victime, et des tiers de la communauté et invitant à un échange oral. Cette coutume a par la suite donné naissance à la « justice restauratrice » dans les années 1990 qui a ensuite elle-même incité le législateur à développer et encourager la procédure de la médiation.

Reliquats de la justice privée primitive, des modes alternatifs de règlement des conflits communément désignés sous l'appellation « MARCs » (1) semblent venir en contradiction avec le juge tant par leur finalité que par leurs modalités de fonctionnement. Cet *a priori* pourrait nous amener à en apprendre un peu plus sur la façon dont le juge est amené à user de son office dans les conflits de consommation, tout autant que l'étude de l'arbitrage (2).

¹⁰³ Des propositions visent même à opérer une « déjudiciarisation » procédurale ; sur ces propositions, v. N. FRICERO, « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *JCP G* 9 Juillet 2008, vol. I n° 28, 162.

¹⁰⁴ C. HUGON, *Le consommateur de justice*, Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY, Dalloz 2004, p. 526.

¹⁰⁵ Article 122-5 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ».

1° De l'office du juge et des MARCs

Les MARCs sont un « ensemble de procédés visant à résoudre des conflits ou des litiges, sans recourir à un juge [...] »¹⁰⁶. Deux de ces procédés (celle de la transaction¹⁰⁷ sera laissée de côté) sont des procédures alternatives (a) à l'intervention du juge ; un juge que l'on qualifie parfois de juge « conciliateur » (b).

a) Deux procédures alternatives

25. Les « Marcs » renvoient à la « procédure participative » qui ne nécessite pas que le litige soit « tranché ». Insérée dans le Code civil¹⁰⁸ elle écarte le juge des litiges par le biais d'une convention signée entre les parties. Cette convention permet aux parties de s'engager « [...] à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend »¹⁰⁹. Si cela pouvait être déjà pratiqué officieusement par les consommateurs et les professionnels, le législateur est venu donner plus de garanties et de protection aux parties en encadrant cette pratique, et donc, en l'encourageant¹¹⁰. Le juge peut toutefois être saisi en cas de difficultés¹¹¹, ou pour que l'accord conclu entre les parties soit homologué par lui, ce qui rend la procédure toujours liée à l'office du juge.

26. Lorsque les deux parties ne veulent pas s'engager dans une procédure pesante, elles peuvent passer par l'une des deux procédures de conciliation¹¹² ou de médiation¹¹³ qui les

¹⁰⁶ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.613.

¹⁰⁷ Article 2044, alinéa 1^{er} du Code civil : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

¹⁰⁸ C'est l'article 2062, alinéa 1^{er} du Code civil : « La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend », issue de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 « relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires » ; sur cette procédure, v. L. LEVENEUR, « Un nouveau contrat pour un nouveau MARC », *JCP CCC* novembre 2012, n° 11, repère 10.

¹⁰⁹ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.259.

¹¹⁰ Cette procédure à l'avantage de suspendre la prescription à l'image des procédures de médiation et de conciliation en vertu de l'article 2238 du Code civil, dont le premier alinéa dispose que : « [...] la prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ».

¹¹¹ C'est l'article 2065, alinéa 1^{er} du Code civil qui le prévoit, présentant cette saisine du juge comme une dérogation en ces termes : « Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige ».

¹¹² Articles 127 à 131 du Code de procédure civile.

¹¹³ Articles 131-1 à 131-15 du Code de procédure civile.

amèneront à s'adresser à un tiers¹¹⁴. Définies comme « deux modes conventionnels et pacifiques de règlement des litiges »¹¹⁵, par lesquels « [...] deux ou plusieurs personnes tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire [...] »¹¹⁶, elles se singularisent l'une de l'autre à travers l'importance du rôle accordé au tiers. Le « médiateur » occupe une place plus importante dans le processus de règlement du litige. Le juge peut toutefois être informé des difficultés rencontrées par le médiateur, ou appelé à homologuer le protocole d'accord de médiation conclu entre les parties¹¹⁷.

Ces deux procédures ne sont pas seulement encouragées par les juges eux même (notamment dans un souci pratique de désengorgement des tribunaux¹¹⁸ ; même si l'effet pervers d'un accès plus facile à la justice peut être d'encourager la formation des litiges¹¹⁹) ; elles sont aussi favorisées par les associations de consommateurs. L'Etat s'était engagé dans cette voie par la mise en place d'organismes permettant ce type de règlement des conflits¹²⁰. Cet engouement généralisé pour le développement de ces procédures a eu pour effet de multiplier les voies d'accès à la médiation et les organismes créés en ce sens¹²¹. Mais ce contrecoup fut régulièrement critiqué par la doctrine qui observera un désintérêt pour ces procédures : les justiciables préféreraient une justice plus officielle et plus rassurante du juge¹²², au point qu'on parle à tort d'une « espèce de justice au rabais »¹²³... La pierre est lancée mais la partie n'est pas perdue, l'utilité des mécanismes en cause étant (en tout cas « théoriquement ») encore trop évidente.

¹¹⁴ C'est un système qui domine dans les pays d'Asie, fortement influencés par le rôle de conciliateur endossé par les chefs féodaux de la Chine impériale.

¹¹⁵ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2006, p. 605.

¹¹⁶ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.597.

¹¹⁷ Article 131-12 du Code de procédure civile et 21-5 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, selon lequel : « L'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire ».

¹¹⁸ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Les clauses de recours à un mode alternatif de règlement des litiges de consommation : la clause de recours à la médiation ou à la conciliation », *JCP CCC* octobre 2011, n° 10.

¹¹⁹ B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.* 2003, p. 409.

¹²⁰ Le secrétariat d'état à la consommation avait par exemple participé au développement de ces procédures non juridictionnelles en créant une adresse dénommée la « Boîte postale 5000 » en 1977 et qui visait à centraliser les réclamations des consommateurs pour faciliter le traitement des dossiers de plaintes.

¹²¹ On trouve même ce mode de règlement des litiges au sein du Code monétaire et financier : article L.316-1, alinéa 1^{er} : « Tout établissement de crédit, société de financement, établissement de monnaie électronique ou de paiement désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels, relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent livre et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II. Les médiateurs sont choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité ».

¹²² S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2006, p. 605, *précité*.

¹²³ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd. Précis Dalloz, 2010, p. 522.

b) Le juge « conciliateur »

27. Article 21 du CPC. – Issu des principes directeurs du procès, cet article prévoit qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». L'importance accordée à l'apaisement des conflits est d'autant plus forte que l'article 845 du même code confirme, à l'instar de son article 21, que le juge, alors qu'il a été saisi, doit encore s'efforcer « de concilier les parties » (cette obligation devant être considérée comme étant de moyen).

28. Article 127 du CPC. – Le législateur prévoit que la conciliation puisse être orchestrée par le juge d'instance. A l'issue de cette procédure le juge signe l'accord écrit ou « procès-verbal » conclu entre elles, donnant force exécutoire à cet acte¹²⁴. Les articles 831, alinéa 3 et 834 du CPC prévoient que le juge puisse être l'instigateur du procédé¹²⁵. Mais il a aussi le pouvoir de désigner un conciliateur de justice qui doit le tenir informé en cas de difficulté et à l'issue de la procédure. Si les parties le demandent, le juge homologue le constat d'accord dressé par le conciliateur lui donnant force exécutoire¹²⁶.

Ce pouvoir a suscité des critiques : la nature des MARCs aurait été déformée par la main du juge. Il est curieux d'entendre, d'une part, que le rôle du juge a été réduit en même temps que le développement de ces procédures¹²⁷ et, d'autre part, que le juge a une très grande place au cœur de ces dernières par lesquelles l'objectif de simplification et d'apaisement des conflits n'a pas été atteint¹²⁸.

Au regard de ce qui précède, le juge donne parfois l'impression de n'être qu'un « objet de consommation »¹²⁹. Et les restrictions à l'office du juge que nous pouvons logiquement constater dans le cadre des procédures non juridictionnelles, se retrouve assurément au sein de la procédure d'arbitrage.

¹²⁴ Articles 129 et 131 du Code de procédure civile.

¹²⁵ Il s'agit de la procédure de la « tentative préalable de conciliation » prévue aux articles 830 s. du Code de procédure civile.

¹²⁶ J. JOLY-HURARD avait souligné le renforcement des pouvoirs du juge dans cette matière in « Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », *D.* 2003, p. 928.

¹²⁷ C. HUGON, *Le consommateur de justice*, Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY, Dalloz 2004, *précité*, p. 531 : « [...] le juge qui voit sa part de travail réduite [...] ».

¹²⁸ B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.* 2003, p. 409.

¹²⁹ C. HUGON relève cet aspect de la justice lorsqu'elle reprend les termes forts employés par le professeur PERROT qui compare le juge à « une machine à sous » distribuant des « barres de chocolats », in *Le consommateur de justice*, Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY, Dalloz 2004, *précité*, p. 532.

2° De l'office du juge et de l'arbitrage

29. L'absence du juge est évidente s'agissant de la procédure d'arbitrage (dont l'antériorité¹³⁰ est rappelée par les professeurs Ph. MALAURIE et P. MORVAN¹³¹, et qui fut assez récemment réformée par le décret du 13 janvier 2011¹³²) puisque cette dernière, véritable illustration de la procédure de type accusatoire, prévoit que ce sera à un arbitre que reviendra la charge de régler le litige existant entre les parties. Mais la frontière semble parfois ténue entre le juge et l'arbitre (b) dont « l'office » (a) est pourtant bien défini.

a) « L'office » de l'arbitre

L'arbitre¹³³ est une « personne privée, ayant le plein exercice de ses droits civils, chargée d'instruire et de juger un litige, à la place d'un juge public, à la suite d'une convention d'arbitrage »¹³⁴. L'arbitre tranche le litige en droit, sauf si les parties lui ont demandé de statuer comme amiable compositeur¹³⁵, c'est-à-dire en équité, une pratique jugée courante¹³⁶. Mais la jurisprudence laisse la possibilité à l'arbitre de statuer en droit s'il lui semble que cela répond justement à l'équité¹³⁷. Cette solution peut d'ailleurs être inversée au sens où l'arbitre auquel les parties n'ont pas demandé de trancher le litige en amiable compositeur peut se référer à l'équité pour le faire, sans craindre de violer les dispositions de l'article 1478 du Code de procédure civile. A l'issue de la procédure, l'arbitre peut rendre une décision ayant autorité de chose jugée¹³⁸.

L'arbitrage présente un intérêt particulier au regard de l'office du juge par la frontière ténue qui les sépare l'un de l'autre.

¹³⁰ La Genèse XXXI, 36 et l'article 1 du 1^{er} titre de la loi des 16 et 24 août 1790 « Sur l'organisation judiciaire » font mention de la procédure de l'arbitrage.

¹³¹ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, *précité*.

¹³² Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 « Portant réforme de l'arbitrage ».

¹³³ Quelques types d'arbitrage forcés réservés à certains domaines professionnels et l'arbitrage international propre aux contrats internationaux ne seront pas développés.

¹³⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.71.

¹³⁵ Article 1478 du Code de procédure civile.

¹³⁶ N. RONTCHEVSKY, « L'obligation pour l'arbitre amiable compositeur de statuer en équité », *D.* 2001, p. 2780.

¹³⁷ Cass, 2^e civ. 29 novembre 1995, n° 92-21.623, Inédit : « [...] statuant en qualité d'amiables compositeurs, les arbitres n'ont pas l'obligation de statuer uniquement au regard de l'équité ».

¹³⁸ Elle est toutefois susceptible d'un recours en annulation (articles 1491 et 1492 du CPC), puisque l'appel n'est pas ouvert à l'encontre de la sentence arbitrale (sauf si les parties l'ont prévu autrement ; CA Paris, 15 mai 2008, JurisData n° 06/15435).

b) Une frontière ténue

La fragilité de la frontière s'explique pour deux raisons (α) ; elle est telle que l'expression de « juge-arbitre » (β) prend forme.

α) Double fragilité de la frontière entre juge et arbitre

Cette fragilité est double car elle est à la fois « exégétique » et « procédurale ».

30. Une fragilité « exégétique ». – Si l'on se réfère au Code de procédure civile, on s'aperçoit que l'arbitrage ne prend pas place aux côtés des procédures de conciliation et de médiation, mais qu'il profite à lui seul d'un quatrième livre.

La fragilité de la frontière séparant le juge de l'arbitre pourrait tenir pour partie dans la controverse doctrinale au sujet de la définition de l'arbitrage. Il est dit que l'arbitrage serait considéré comme un mode non juridictionnel de règlement des litiges¹³⁹ et devrait donc être étudié conjointement avec les procédures de médiation et de conciliation évoquées précédemment. Mais lorsque CORNU donne sa définition de l'arbitrage, il déclare que c'est un « mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige [...] »¹⁴⁰, suivi en ce sens par le doyen S. GUINCHARD¹⁴¹. Il ajoute, en décrivant l'arbitre, qu'il s'agit d'une « personne investie par une convention d'arbitrage [...] et qui exerce ainsi, en vertu d'une investiture conventionnelle, un pouvoir juridictionnel »¹⁴². Pour le professeur J. ORTSCHIEDT : « S'il n'est pas contestable qu'un tribunal arbitral est une juridiction [...], sa sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation »¹⁴³. Or, CORNU définit le juge comme « tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel (du pouvoir de dire le droit, de trancher un litige) »¹⁴⁴.

¹³⁹ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, p. 611 et 618.

¹⁴⁰ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 6^e éd., PUF, 2004, *précité*, p. 68.

¹⁴¹ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2006, *précité* : « Si le recours à l'arbitrage suppose, comme la conciliation, l'accord des parties, la comparaison avec la conciliation s'arrête là, en effet l'arbitrage est un mode juridictionnel de traitement des conflits ».

¹⁴² *Ibid*, p. 68.

¹⁴³ J. BEGUIN, J. ORTSCHIEDT et C. SERAGLINI, « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 19 décembre 2011, n° 51, 1432.

¹⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris : PUF, 2011, *précité*, p. 578.

Il conviendrait de se mettre d'accord sur l'appréciation et la place à accorder à l'arbitre par rapport au juge dont il semble parfois prendre la place. Considérer l'arbitrage comme un MARCs¹⁴⁵ permettrait aux juristes les plus méticuleux de pouvoir classer la notion en évitant de faire offense à la fonction purement juridictionnelle que l'on doit reconnaître au juge. Si l'arbitre bascule tour à tour dans les procédures juridictionnelles et non juridictionnelles de traitement des litiges, ce n'est qu'en fonction de l'angle de vue choisi pour observer l'arbitre qui peut être institutionnel pour le professeur J. CALAIS-AULOY, fonctionnel pour le doyen S. GUINCHARD ou encore les deux à la fois pour J. ROBERT¹⁴⁶.

En tout état de cause, le législateur a voulu que l'arbitre soit envisagé comme ayant le pouvoir de trancher un litige en rendant une sentence arbitrale. Mais que reste-t-il alors au juge pour se démarquer de ce tiers qui semble occuper sa place ?

Pour renforcer la fragilité de la frontière séparant le juge de l'arbitre, la procédure conforte cette idée et amenuise encore le voile séparant les fonctions du juge de ceux de l'arbitre en appuyant leur interdépendance.

31. Une fragilité « procédurale ». – Certains auteurs remarquent à juste titre que la justice arbitrale noue un lien de plus en plus étroit avec celle de l'Etat « par le fait qu'elle s'institutionnalise »¹⁴⁷ ; ses limites sont cependant réelles et font justement de l'arbitrage un mode à part de règlement des litiges. Les sentences arbitrales n'ont pas de force exécutoire (seuls les juges sont détenteurs de « *l'imperium* »¹⁴⁸) : « [...] les litiges réglés par la voie de l'arbitrage retrouvent le giron du service public lorsque les sentences ne sont pas exécutées spontanément, l'exécution forcée demeurant en tout état de cause un apanage régalien »¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Comme le fait justement I. BEYNEIX en remettant justement en cause la place de l'arbitrage au sein des MARC, et qu'elle exprime clairement à travers l'intitulé de son article : « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », *RTD Com.* 2012, p. 225.

¹⁴⁶ J. ROBERT, *L'arbitrage-droit interne, droit international privé*, 6^e éd. Dalloz, 1993, p. 3 : « On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger ».

¹⁴⁷ Ce que démontre par exemple la rédaction de l'article 1464 du Code de procédure civile en soumettant les arbitres aux principes directeurs du procès en partie seulement, ou encore ce que révèlent les similitudes de rédaction entre les articles 12, alinéas 1 et 4 concernant l'office du juge et 1478 du code précité qui s'applique à l'arbitre.

¹⁴⁸ X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *L'arbitrage et la médiation*, Que sais-je, 1^{re} éd. Dalloz, 2003, p. 5.

¹⁴⁹ C. HUGON, *Le consommateur de justice*, Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY, Dalloz 2004, p. 526.

C'est le juge qui peut conférer cette force à la décision arbitrale¹⁵⁰, et qui prolonge l'œuvre de l'arbitre.

32. C'est aussi le juge qui intervient en cas de désaccords sur la désignation du ou des arbitres entre les parties¹⁵¹, ou entre les arbitres eux-mêmes (lorsque les parties les avaient choisi en nombre pair), ou encore de contestations quant aux modalités de mises en œuvre de la convention d'arbitrage¹⁵². Enfin, le juge peut user de son office dans le but de vérifier que le recours à l'arbitre n'a pas été contractuellement prévu aux dépens du consommateur¹⁵³.

La fragilité de la frontière qui sépare le juge de l'arbitre se traduit aussi par l'apparition de l'expression de « juge-arbitre ».

β) Le « juge-arbitre »

33. Cette expression empruntée à CORNU illustre le fait que le juge a en principe lui-même pour obligation de porter la « robe » de l'arbitre¹⁵⁴. En théorie, si les procédures de médiation ou de conciliation échouent, se présente la procédure juridictionnelle, c'est-à-dire le juge. Pour garantir aux MARCs de conserver une certaine réalité, ce basculement peut être apprécié par ce dernier¹⁵⁵. Les parties doivent s'efforcer de s'y soumettre dans le règlement de leur litige avant d'être autorisées à saisir le juge¹⁵⁶. Lorsqu'il fait cela, le juge remplit bien une de ses missions ; mais applique-t-il le contrat de manière à respecter la volonté des parties au sens des articles 1134 et 1135 du Code civil ? Il est permis d'en douter.

¹⁵⁰ Article 1487, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue ».

¹⁵¹ Ce qu'approuve le professeur M.-L. MATHIEU-IZORCHE lorsqu'elle déclare, en faisant mine de reproduire la pensée de Jean de La Fontaine : « [...] quoiqu'en matière de consommation on doive être prudent : laissons au juge le soin de désigner celui qui départagera les parties ! », in *Un code de la consommation écrit à quatre mains, rencontre onirique entre deux amis*, Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY, Dalloz 2004, p. 694 ; Cass, 1^{re} civ. 19 décembre 2012, n°11-10.535, Bull. civ. 2012 I, n° 264.

¹⁵² Ce sont les articles 1451 à 1455 du Code de procédure civile qui prévoient que le juge peut être amené à désigner le ou les arbitres dès lors que cette désignation ne peut être faite en raison de difficultés dues à un désaccord entre les parties. C'est une désignation qui se fait alors par défaut, la convention d'arbitrage ayant la préférence.

¹⁵³ S. BERNHEIM-DESVAUX, « Les clauses de recours à un mode alternatif de règlement des litiges de consommation : la clause de recours à la médiation ou à la conciliation », *JCP CCC*, octobre 2011, n° 10, *précité*.

¹⁵⁴ Article 21 du Code de procédure civile, *précité* : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

¹⁵⁵ Cass, 1^{re} civ. 8 avril 2009, n° 08-10.866, Bull. civ. 2009 I, n° 78.

¹⁵⁶ Cette forme d'obligation à la médiation avait été critiquée ; P. THERY, « La clause de médiation préalable : il ne faut pas confondre ne pas vouloir et refuser », *RTD Civ.*, 2009, p. 774 : « la commune finalité des modes de règlement des conflits ne peut faire disparaître la différence profonde entre ce qui est juridictionnel et ce qui demeure fondamentalement conventionnel ».

34. L'expression « juge-arbitre » se retrouve aussi au sein de l'article 12, alinéa 4 du Code civil, relatif à l'amicable composition, elle-même issue de la notion d'arbitrage privé. Cette disposition donne, sous certaines conditions, la possibilité aux parties d'imposer au juge qu'il tranche le litige non pas conformément aux règles de droit mais en équité. En évoquant cette notion, certains auteurs expliquent que « cette disposition libère ainsi le juge judiciaire de la règle juridique et le transforme en amiable compositeur »¹⁵⁷. Le juge s'éloignerait alors par exception de sa fonction première, se rapprochant ainsi de l'office de l'arbitre¹⁵⁸ qui, réciproquement, pourrait s'apparenter à un juge en vertu de l'article 1478 du CPC¹⁵⁹.

A l'inverse, le juge resterait attaché à son essence judiciaire, étant entendu que la décision qu'il rendra à l'occasion de cette amiable composition voulue par les parties conservera autorité de chose jugée¹⁶⁰. L'instant où le juge statue en amiable compositeur est celui où le voile le séparant de l'arbitre est le plus mince. Si le juge peut être rapproché de l'arbitre au regard de ses certaines de ses missions, ce constat est valable réciproquement¹⁶¹ : l'arbitre serait donc à notre sens, un « juge en devenir »¹⁶² et le juge, serait quant à lui un « arbitre *a fortiori* », soit un arbitre en vertu de sa qualité même de juge, chargé de trancher les litiges mais avant tout de tenter de concilier les parties.

¹⁵⁷ S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET, T. CLAY, E. JEULAND et Y.-M. SERINET, « Droit judiciaire privé », *JCP G*, 23 mars 2005, n° 12 I, 125.

¹⁵⁸ J.-P. BROUILLAUD avait, en ce sens, ainsi définit l'amicable composition : « Il réalise une synthèse entre deux sortes de personnages, le magistrat et l'arbitre », in « Plaidoyer pour une renaissance de l'amicable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234.

¹⁵⁹ Article 1478 du Code de procédure civile : « L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit [...] ».

¹⁶⁰ Cet attachement du juge à son essence judiciaire serait surtout dû, pour le professeur H. CROZE, au fait que « la juridiction [...] doit être au cœur de l'activité du juge », et qu'« ainsi la décision gracieuse est-elle juridictionnelle même en l'absence de litige parce-que le juge applique la loi », et que « [...] bien qu'il n'applique pas une règle de droit objectif, le juge n'en dit pas moins quels sont les droits des parties », in *Le juge doit-il dire le droit ?*, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 231.

¹⁶¹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, p. 820 : « sous réserve de quelques aménagements tenant à la nature particulière de l'arbitrage, l'office de l'arbitre est comparable à celui du juge étatique. L'arbitre est un juge ; il en a les pouvoirs et les devoirs ».

¹⁶² Tandis qu'il serait déjà qualifié de juge pour le professeur MOTULSKY, dont la pensée avait été exposée par le professeur C. JARROSSON, in « L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage », *Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 13 : « L'arbitre est un juge, dont la mission procède de la volonté des parties, la stipulation de l'amicable composition n'entamant en rien la nature juridictionnelle de la fonction de l'arbitre ».

Face aux modes extra-judiciaires de traitement des litiges, encouragés et développés par le droit interne et le droit européen lui-même¹⁶³, existe bien sûr celui au sein duquel le juge est maître par principe, et que l'on qualifie de « judiciaire ».

B. Le mode judiciaire de règlement des litiges

Le mode « judiciaire » de règlement des litiges relève de l'office du juge (1) qui va notamment assurer cette mission à travers le relevé d'office (2) pour ceux du droit de la consommation.

1° La définition de l'office du juge

La définition de l'office du juge passe par celle du juge (a) et celle de son office (b).

a) Le juge¹⁶⁴

35. Du point de vue de la procédure civile, le juge est désigné par sa fonction : c'est le « magistrat de l'ordre judiciaire, professionnel ou non »¹⁶⁵, et « [...] plus spécialement le juge du tribunal d'instance, les juges ou premiers juges du TGI et ceux du tribunal de commerce »¹⁶⁶.

Le juge ne peut être défini plus précisément sans évoquer son office.

b) L'office

36. Définition. – « L'office » renvoie à la notion de fonction, de charge ; « l'office du juge définit quel est son rôle dans la direction du procès civil, quels sont ses pouvoirs et leurs

¹⁶³ Directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (« RELC »), d'harmonisation minimale, à transposer avant le 9 juillet 2015 (article 24).

¹⁶⁴ Définition étymologique de « juge », proposée par le site officiel du CNRTL : <http://www.cnrtl.fr> : « Issu du latin *judicem*, de *judex-dicis* « juge, arbitre », le juge est « celui auquel on attribue le soin d'arbitrer un différend, de résoudre une question (Rois, éd. E. R. Curtius, p. 85, 4); "arbitre d'un combat" (J. d'Auton, Chroniques, éd. R. De Maulde La Clavière, t. 3, p. 39); "chef politique et religieux des Hébreux" (Rois, *ibid.*, p. 15, 15); "vray juge" (en parlant de Dieu) (Miracles ND par personnages, éd. G. Paris et U. Robert, t. 3, 17, 1015); "celui qui est chargé d'appliquer les lois civiles et pénales" (G. de Pont-Ste-Maxence, St Thomas, éd. E. Walberg, 2879); "juge de paix" (Miege, s.v. justice) ».

¹⁶⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 535.

¹⁶⁶ *Ibid.*

limites »¹⁶⁷. Cette charge est définie par notre Code de procédure civile. Mais en dépit de cette définition purement procédurale, l'essence de l'office du juge interroge.

Le professeur M. BACACHE parlait de l'office du juge par « [...] le rôle ou la mission de ce dernier dans le fonctionnement du service public de la justice »¹⁶⁸. Si certains s'accordent à rappeler que le juge n'a pas à « trancher une querelle d'historiens ou d'attribuer un prix de beauté »¹⁶⁹, encore faut-il savoir en quoi cet office consiste. Le professeur G. WIEDERKEHR estime que « [...] sa fonction consiste à dire le droit d'une situation donnée, c'est-à-dire à prendre une décision qui s'imposera avec l'autorité de la chose jugée dans la situation en question », et non pas « [...] l'application des lois »¹⁷⁰. C'est une définition que complètent les professeurs Ph. MALAURIE et P. MORVAN, qui précisent que « le juge exerce une double fonction : d'abord, trancher le litige, décider qui a tort et qui a raison, en exerçant l'autorité que la loi lui a conférée (*imperium*) ; ensuite, dire le droit (*jurisdictio*), quitte à forger la règle nécessaire »¹⁷¹.

Se pose donc la question de l'office du juge dans le règlement des litiges du droit de la consommation. La notion d'« office » revêt alors une autre signification. Elle renvoie aux notions d'automatisme, d'instinct, d'initiative personnelle.

2° La notion du relevé d'office

La question du relevé d'office du juge va s'observer et s'analyser à travers la lecture du Code de procédure civile riche d'enseignements. Sa définition (a) précède logiquement sa réglementation (b) qui devra être confrontée au droit de la consommation.

a) Définition de la notion

37. Il est intéressant de noter que la définition du consommateur passe par celle des moyens destinés à assurer sa protection : « Les règles protectrices du consommateur quant au fond (information, rétractation, causes abusives, garantie) se doublent de mesures de faveur au

¹⁶⁷ *Ibid*, p.645.

¹⁶⁸ M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Lextenso, LGDJ, 2008, p. 23.

¹⁶⁹ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2002, p. 12.

¹⁷⁰ G. WIEDERKEHR, *De la légitimité de la justice*, in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Lextenso, 2008, p. 489.

¹⁷¹ Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, *précité*, p. 127.

plan procédurale »¹⁷². Ces derniers visent le relevé d'office du juge, véritable moyen de protection des consommateurs qui lui permet de « soulever de sa propre initiative un moyen de droit omis par la partie ou se substituant à celui invoqué par elle »¹⁷³.

L'office du juge n'est pas seulement de trancher le litige mais d'intervenir activement dans le procédé d'invocation des moyens de droit pour la défense des intérêts de l'une des parties.

Bouleversement des principes de neutralité du juge, le relevé d'office est évidemment réglementé.

b) Réglementation de la notion

38. Le juge, « [...] usant de son pouvoir d'initiative, peut [relever d'office] sans être sollicité par une demande préalable des parties, soit en vertu d'une disposition légale ou réglementaire (ainsi ordonner une mesure d'instruction...), soit en vertu des pouvoirs propres de cette autorité (nullité d'ordre public) »¹⁷⁴. Par cette définition, on comprend que le relevé d'office du juge est strictement organisé par le législateur.

39. On observe que la lecture de certaines dispositions du Code de procédure civile (mais aussi du Code civil) répondent spécifiquement à la question du relevé d'office : elles autorisent¹⁷⁵, obligent¹⁷⁶, interdisent¹⁷⁷ le relevé d'office du juge en fonction des matières qu'il traite ; et le législateur fait dépendre l'intensité du relevé d'office en fonction de la notion d'ordre public. On trouve cette variation au sein des moyens de défenses tirés des exceptions de procédure et des fins de non-recevoir : les articles 120 et 125 du CPC imposent au juge de les relever d'office.

¹⁷² *Ibid*, p. 238, *précité*.

¹⁷³ *Ibid*, p. 805.

¹⁷⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.645.

¹⁷⁵ Article 92, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : « L'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas » ; article 93 du Code de procédure civile : « En matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale » ; article 100 du Code de procédure civile : « Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office » ; article 620, alinéa 2 du Code de procédure civile : « Elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit ».

¹⁷⁶ Articles 120 et 125 du Code de procédure civile.

¹⁷⁷ Article 388, alinéa 2 du Code de procédure civile : « [La péremption de l'instance] ne peut être relevée d'office par le juge » ; et même l'article 2247 du Code civil formule une interdiction légale de relever d'office le moyen tiré de la prescription.

40. Bref aperçu de l'article 120 du CPC. – Le premier alinéa de cet article impose le relevé d'office du juge quant à « [...] l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure »¹⁷⁸, tandis que, dans le même temps, le second prévoit que : « Le juge peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice »¹⁷⁹. Les premières doivent être relevées d'office, ce qui n'est pas le cas de la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice¹⁸⁰. Au sein de l'article 120 s'ouvrent donc deux voies, l'une imposant le relevé d'office, l'autre non, faisant dépendre le relevé d'office de la notion d'ordre public¹⁸¹.

On retrouve cette référence à la notion d'ordre public au sein de l'article 125 du CPC.

41. Bref aperçu de l'article 125 du CPC. – La rédaction et la structure de cet article est similaire à celle de l'article 120 du même code ; son premier alinéa laisse apparaître le verbe « doit » (« Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office [...] »¹⁸²), tandis que le second appartient au champ des possibles : « Le juge peut relever d'office la fin de non-

¹⁷⁸ Article 120, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, *précité* : « Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public ».

¹⁷⁹ Cass, soc. 17 janvier 1996, n° 91-43.757, Bull. soc. 1996 V, n° 12, p. 8 : « Mais attendu que l'inexistence juridique d'une partie appelante constitue une irrégularité de fond résultant du défaut de capacité d'ester en justice qui n'est pas susceptible d'être couverte et qu'en application de l'article 120 du nouveau Code de procédure civile la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice peut être relevée d'office par le juge ».

¹⁸⁰ Cass, com. 14 février 2006, n° 04-11.887, Inédit : « Mais attendu qu'aux termes de l'article 120, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, le juge, s'il peut soulever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice, n'en a pas l'obligation » ; Cass, 2^e civ. 11 février 2010, n° 08-16.996, Inédit : « Mais attendu que c'est sans violer la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la cour d'appel s'est abstenue de soulever d'office, alors que l'article 120 du code de procédure civile ne lui en fait pas obligation, la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice du "cabinet Blaise Y..." » ; Cass, 3^e civ. 22 janvier 2014, n° 12-26.535, Inédit : « [...] que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de relever d'office le moyen tiré de l'absence de capacité à agir de l'ASFULPA, n'a pas violé les articles 16, 117 et 120 du code de procédure civile ».

¹⁸¹ Cass, 1^{re} civ. 19 septembre 2007, n° 06-17.408, Bull. civ. 2007 I, n° 274 : « Attendu que les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure ne doivent être relevées d'office que lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public » ; la Cour considère que le défaut de pouvoir de l'avocat d'agir en justice ne relevait pas des dispositions d'ordre public et renvoie au second alinéa de l'article 120, qui n'oblige pas le juge à relever d'office la nullité.

¹⁸² Article 125, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, *précité* : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours » ; Cass, 2^e civ. 29 septembre 2011, n° 10-27.658, Bull. civ. 2011, II, n° 179 : « Vu les articles 125 du code de procédure civile ; Attendu que les juges doivent relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public lorsqu'elles résultent de l'absence d'ouverture d'une voie de recours » ; Cass, 2^e civ. 27 février 2014, n° 13-50.002, Inédit : « Attendu que les juges doivent relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public lorsqu'elles résultent de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée »¹⁸³. L'emploi successif des verbes « devoir » et « pouvoir » pour définir la portée du relevé d'office du juge en fonction de la nature du moyen en question démontre que le législateur révèle un intérêt particulier à « [...] l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours »¹⁸⁴, car elles sont considérées comme relevant de l'ordre public.

42. Il faut comprendre la notion d'ordre public comme ayant un impact direct sur le relevé d'office du juge. C'est une notion dont la jurisprudence va se servir amplement pour définir la portée de l'office du juge.

43. La notion d'« ordre public ». – Définie comme étant le « caractère des règles juridiques qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives dans les rapports sociaux »¹⁸⁵, la notion d'ordre public doit être comprise comme celle qui prévaut sur les autres. Une disposition d'ordre public « [s'impose] avec une force particulière [...] »¹⁸⁶ ; elle présente un caractère impératif, et ne pourra pas être écartée ni par le juge, ni par les parties ; au contraire, sa méconnaissance peut être relevée d'office par le juge et invoquée par les plaideurs¹⁸⁷. C'est une notion qui sera largement employée par la jurisprudence et aura un rôle essentiel dans la définition du relevé d'office du juge en droit de la consommation.

44. Intrigant au sein même de la procédure civile, l'office du juge interroge d'autant plus dans cette matière. Les litiges du droit de la consommation se distinguent des autres par la singularité de leurs plaideurs. Si le rôle du juge au sein des litiges relevant du droit civil est défini par le Code de procédure civile, d'autres paramètres entrent en jeu en droit de la consommation qui relèvent d'une certaine réalité économique et sociale et qui renvoient, d'une manière ou d'une autre, à l'ordre public. C'est par le jaillissement de cette réalité sur le relevé d'office du juge que la controverse prend forme en droit de la consommation.

¹⁸³ Cass, 2^e civ. 2 décembre 2010, n° 09-14.689, Inédit : « Vu l'article 125, alinéa 2, du code de procédure civile ; Attendu que le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt ».

¹⁸⁴ Extrait de l'alinéa 1^{er} de l'article 125 du Code de procédure civile.

¹⁸⁵ S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., Dalloz, 2011, p. 567.

¹⁸⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris : PUF, 2011, *précité*, p. 714.

¹⁸⁷ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p.658 ; Cass, 1^{re} civ. 7 avril 1976, n° 74-14.564, Bull. civ. 1976 I, n° 113, p. 91 (*a contrario*) : « Mais attendu que si le moyen tiré de la chose jugée n'est pas d'ordre public et ne peut en principe être soulevée d'office [...] ».

45. Problématique. – Comme beaucoup de disputes (au sens étymologique du terme), cette controverse sera d’abord le fruit d’un « conflit de générations ». On assiste à une véritable opposition entre les soubassements de notre droit de la procédure civile et un droit nouveau sous influence européenne.

Droit de la consommation et principes directeurs ne seront pas bien assortis, l’un soumis à des préoccupations particulières qui lui sont propres, l’autre s’adaptant mal à la modernité de son partenaire. La question du relevé d’office en droit de la consommation va à la fois permettre de les combiner et de les distinguer l’un de l’autre. La recherche sera engagée à travers ces deux domaines, par le biais d’une question commune : le relevé d’office du juge est-il possible en droit de la consommation ? Et si oui comment ? Peut-il être fluctuant et observé sous différentes mesures ? Si oui selon quels paramètres ?

« L’office de la loi est de nous protéger contre la fraude d’autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison ».

46. A travers cette affirmation, PORTALIS (dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil) nous invite à nous poser la question de l’usage que nous faisons de notre droit. Si « la loi ne protège pas les imbéciles »¹⁸⁸, nous pourrions nous demander si le juge devrait être amené à le faire... Le relevé d’office du juge pourrait-il être un outil au service de la protection des consommateurs au même titre que les dispositions consuméristes ? Est-ce son rôle de rectifier un défaut de raisonnement de la part du consommateur ? En d’autres termes, et pour reprendre ceux du professeur S. PIEDELIÈVRE, « doit-il être un arbitre neutre ou doit-il prendre une part active dans la procédure ? »¹⁸⁹.

Cette question est primordiale en droit de la consommation et renvoie à une autre, plus générale, et qui demande « comment garantir l’effectivité des droits accordés au consommateur par la loi et quel doit être l’office du juge pour en assurer l’application »¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Précepte issu de l’adage latin : « *non vigilantibus non curat praetor* ». L’idée qu’exprime cette règle n’est pas partagée par le professeur D. MAINGUY, pour qui « le droit ne protège que les imbéciles ! » (Propos tenus lors de son intervention au colloque « Droit et loyauté » du 10 octobre 2014 à l’Université d’Avignon et des Pays de Vaucluse).

¹⁸⁹ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908.

¹⁹⁰ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227.

Mais cette question se distingue aussi sensiblement du principe voulant que le juge tranche le litige, car lorsqu'il est imaginé comme un garant de l'effectivité des droits il n'est plus seulement l'applicateur mais l'acteur du droit. Est-ce là un débordement abusif de son office ? Si sa part d'acteur n'est pas comparable à celle de l'avocat, il semble évident que « trancher le litige en droit » ne peut pas laisser le juge inactif. L'application de la règle de droit par le juge implique-t'il le rétablissement d'un équilibre entre les parties ou bien l'inverse ?

Il apparaîtra que cette question qui se pose nécessairement en droit de la consommation pourrait aussi naître dans d'autres domaines dans lesquels la « faiblesse » de l'une des deux parties est aussi une réalité.

Le Code de procédure civile qui détermine de quelle manière le juge doit jouer son rôle dans un procès consommériste donne de multiples informations quant à la question du relevé d'office, tant dans son texte brut que dans son interprétation jurisprudentielle. Ce code, rayonnant au sein du droit de la consommation, rebondit largement sur l'ensemble du droit du marché dont le consommateur est le musicien et le juge le chef d'orchestre. L'évolution législative et jurisprudentielle démontre que le juge a pris ce rôle très au sérieux.

47. Plan. – Il faut d'abord se plonger au cœur de la controverse du relevé d'office du juge en droit de la consommation (**PARTIE 1**) pour prendre toute la mesure de la consécration (**PARTIE 2**) à laquelle elle aboutira au terme d'évolutions jurisprudentielles et législatives laborieuses.

PARTIE 1

LE RELEVÉ D'OFFICE DU JUGE CONTROVERSÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION

La controverse relative à l'office du juge au sein des litiges du droit de la consommation a un double visage : elle se situe tant sur un terrain législatif (**Titre 1**) que jurisprudentiel (**Titre 2**) ; l'un et l'autre sont nécessairement liés puisqu'ils porteront tous deux sur les mêmes difficultés : ils révèlent tous deux une controverse du relevé d'office du juge, l'un au regard de la procédure civile, et l'autre au regard de la jurisprudence du droit de la consommation (elle-même soumise aux règles issues de la procédure civile). Le relevé d'office du juge est controversé parce qu'il se pose en droit de la consommation mais aussi parce qu'il se pose en procédure civile. La question du relevé d'office sera malmenée à la fois par le législateur dans sa construction des principes de la procédure civile, et par les juges dans leur application de ces derniers au droit de la consommation. La complexité de la controverse se dégage de l'appréhension du relevé d'office par le législateur *via* les limites qu'il pose à l'office du juge de manière générale, et par la jurisprudence *via* les constructions juridiques qu'elle lui oppose de manière particulière, chacun soucieux de procéder à un mariage parfait de la procédure civile avec le droit de la consommation.

La vie à deux vient à peine de commencer que les tensions sont déjà là ; à tel point qu'il ne s'agit plus seulement de faire des compromis : l'un devra plier devant l'autre, et la question se pose de savoir qui des deux sera prêt à faire des sacrifices. Les nombreux rebondissements qui vont rythmer la *saga* de la controverse du relevé d'office du juge en droit de la consommation captiveront de nombreux spectateurs, avides d'en connaître le dénouement.

TITRE 1

UNE CONTROVERSE DU RELEVÉ D'OFFICE D'ORIGINE LÉGISLATIVE

48. « Quintessence du procès civil »¹⁹¹, les principes directeurs définissent les droits et obligations des parties au procès et du juge, ainsi que les rôles qui leur seront attribués. La distribution de ces rôles sera faite au sein du principe dispositif conformément au système accusatoire qui domine le procès civil¹⁹². Pour étudier le relevé d'office du juge il faut d'abord se pencher sur l'office du juge, que définissent les principes directeurs. Mais il ne suffit pas d'étudier l'office du juge de façon isolée, il faut surtout le confronter à ses « interlocuteurs » pour en saisir la portée réelle ; en ce sens, le professeur M. BACACHE avait déclaré que « dans un sens plus étroit, l'office du juge peut être perçu en contemplation du rôle des parties »¹⁹³.

En déterminant la réglementation relative au relevé d'office du juge, les principes directeurs plantent le décor (**Chapitre 1**). Ce décor, pour le moins incertain, est celui au sein duquel évoluera d'abord la controverse du relevé d'office du juge (**Chapitre 2**).

¹⁹¹ Expression largement reprise, et employée notamment par le doyen CORNU, lui-même repris par C. LEFORT in *Procédure civile*, 3^e éd., Dalloz, 2009, p. 190.

¹⁹² Principe accusatoire qui découle des articles 1 et 2 du Code de procédure civile selon lesquels les parties « introduisent » et « conduisent » l'instance » sous la surveillance du juge (article 3 du même code).

¹⁹³ M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 23, *précité*.

CHAPITRE 1

LA RÉGLEMENTATION DU RELEVÉ D'OFFICE PAR LES PRINCIPES DIRECTEURS

La controverse du relevé d'office du juge en droit de la consommation dépend de la réglementation de ce dernier au sein des principes directeurs de la procédure civile. Cette dépendance complexifie bien des choses car les principes directeurs ont d'abord été eux-mêmes sujets à une certaine instabilité (**Section 1**). Cette instabilité, que révèle l'insertion puis la suppression successive du pouvoir du relevé d'office du juge du paysage législatif, constitue une première façade de la controverse portant sur la question du relevé d'office du juge au sein de la procédure civile. Elle constitue surtout un premier intérêt du sujet ; par son hésitation, le législateur pose déjà la question : faut-il ou non un relevé d'office du juge (au sein du Code de procédure civile) ?

Suite à sa suppression, la question du relevé d'office a été malmenée à la fois par le législateur et la jurisprudence : le législateur *via* les limites qu'il pose à l'office du juge de manière générale, et la jurisprudence *via* les constructions juridiques qu'elle apporte, et qui alimentent les discussions. Consolidés par la suite, ces principes directeurs n'empêcheront pas la controverse de renaître au moyen du droit de la consommation. Toujours est-il qu'ils déterminent aussi et surtout des limites invariables qui s'imposent au relevé d'office du juge (**Section 2**). Ces limites sont essentielles car elles doivent permettre à la fois un exercice du relevé d'office dans le respect du procès équitable, mais aussi de définir la scène sur laquelle va se jouer la controverse. Or, la controverse va être telle qu'elles parviendront difficilement à répondre à ces deux attentes.

SECTION 1

RELEVÉ D'OFFICE ET INSTABILITÉ DES PRINCIPES DIRECTEURS

C'est le Code de procédure civile qui a pour objet de réglementer le déroulement du procès en matière civile et qui contient, au sein de ses dispositions liminaires (articles 1^{er} et suivants), les « principes directeurs du procès »¹⁹⁴. Ceux-là définissent les règles devant être respectées tant par le juge que par les parties si ces dernières veulent obtenir de ce dernier une réponse juridique à leur litige. L'élaboration progressive du code montre que les règles qu'il fixe ne sont pas immuables, et qu'elles ont vocation à évoluer en même temps que les réalités des époques qu'il traverse. L'office du juge, particulièrement bien encadré par ce code, est lui aussi voué à muter, en même temps que l'évolution de l'implication et des rôles accordés aux parties dans le procès.

L'instabilité des principes directeurs du procès civil, qui s'appliquent aux procédures juridictionnelles ordinaires de traitement des litiges, et qui interviennent par défaut (les procédures non juridictionnelles, et spécifiquement amiables, de traitement des litiges ayant la préférence¹⁹⁵), témoigne d'une volonté non assumée de voir un office du juge dominant au sein des principes directeurs. En effet, cette volonté se révèle à travers le pouvoir du juge de relever d'office des moyens de droit et notamment par l'insertion au sein de l'article 12 du « Nouveau Code de procédure civile » d'un nouvel alinéa 3 (§ 1). Cependant, une telle volonté est menacée par la disparition partielle de ce nouvel alinéa (§ 2) du Code de procédure civile.

§ 1. Un nouvel alinéa 3 à l'article 12 du « Nouveau Code de procédure civile »

De nombreuses réformes ont renouvelé la procédure civile, de telle sorte qu'à l'occasion de l'une d'elles, un nouvel alinéa fut introduit à l'article 12 du Code de procédure civile. La création de cet alinéa 3 (§ 1), fruit d'une nouvelle réforme, marqua cependant les esprits en raison de sa particularité, rendant sa réception controversée (§ 2).

¹⁹⁴ La notion de « principes directeurs » serait née en 1955 avec H. VIZIOZ et G. BOLARD, (in « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G* 28 Juillet 1993, n° 30, I 3693) mais ne seraient apparus en ces termes dans le code de procédure civile qu'en 1975 avec le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, alors qu'ils existaient déjà sur le fond depuis 1971 avec le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 (v. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Mélanges Jacques NORMAND*, Litec, 2003, p. 74 et 80.)

¹⁹⁵ Cf. note 25.

I. La création de l'article 12, alinéa 3

Une rétrospective législative préalable (A) permet de mesurer l'ampleur et la portée de l'entrée en vigueur du décret du 5 décembre 1975 (B), à l'origine de l'article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile.

A. Rétrospective législative

49. Un Code « Napoléonien » réformé. – Le premier Code de procédure civile était celui dit « Napoléonien », créé le 14 avril 1806 et qui ne fut révisé qu'en 1935. Ce code Napoléonien prévoyait un système accusatoire¹⁹⁶ du procès civil et donc un juge totalement neutre. Par la suite, de nombreux décrets ont successivement réformé le code, notamment celui du 9 septembre 1971¹⁹⁷ qui, en fixant « les principes directeurs du procès », avait donné au procès un caractère plus inquisitoire, puis, pour ne citer qu'eux, ceux du 20 juillet 1972¹⁹⁸, du 17 décembre 1973¹⁹⁹, puis du 5 décembre 1975 (sur lequel nous reviendrons), du 29 juillet 1976²⁰⁰ et enfin du 12 mai 1981²⁰¹, mais aussi la loi du 5 juillet 1972²⁰², qui tous interviendront pour apporter des améliorations à la procédure civile. Le Code de procédure civile ayant subi diverses mutations, a alors revêtu plusieurs noms, celui de « Code de procédure civile », puis de « Nouveau Code de procédure civile » pour ensuite revenir au « Code de procédure civile »²⁰³, appellation qui est encore celle d'aujourd'hui.

¹⁹⁶ La procédure accusatoire est définie comme étant la « procédure menée dans certains droits archaïques devant des hommes libres, et présentant un caractère *oral, public et contradictoire*, les preuves étant *légal*es et *formelles*. [...] dans le droit français contemporain, une procédure est dite accusatoire lorsque le rôle principal dans le déclenchement et dans la conduite de l'instance, dans la recherche des preuves, est réservé aux parties » ; S. GUINCHARD et T. DEBARD (*sous la dir.*), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 742.

¹⁹⁷ Décret n°71-740 du 9 septembre 1971 « Instituant de nouvelles règles de procédures destinées à constituer partie d'un nouveau Code de procédure civile ».

¹⁹⁸ Décret n°72-684 du 20 juillet 1972 « Instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale d'un nouveau Code de procédure civile ».

¹⁹⁹ Décret n°73-1122 du 17 décembre 1973 « Instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le Nouveau Code de procédure civile ».

²⁰⁰ Décret n°76-714 du 29 juillet 1976 « Modifiant certaines dispositions du Nouveau Code de procédure civile et du Décret n°75-1124 du 5 décembre 1975 « Portant réforme de la procédure du divorce et de la séparation de corps ».

²⁰¹ Décret n°81-500 du 12 mai 1981 « Instituant les dispositions des livres III et IV du Nouveau Code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code ».

²⁰² Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 « Instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile ».

²⁰³ L'article 26 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit prévoit que : « Le code de procédure civile, institué par la loi du 14 avril 1806, est abrogé » ; « Le nouveau code de procédure civile, institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, devient le code de procédure civile » ; tandis que

Le décret du 5 décembre 1975 va marquer la naissance du « Nouveau Code de procédure civile ».

B. Le décret du 5 décembre 1975

50. Le « Nouveau » code. – Le décret du 5 décembre 1975²⁰⁴ appelle une attention particulière : c'est lui qui justifie la principale dichotomie opérée entre l'ancien et le « nouveau » car il tire la procédure civile vers plus de modernité, tout en conservant certaines anciennes dispositions de 1806. Cette construction lui a valu d'être désignée sous le nom de « Nouveau Code de procédure civile », dont l'expression affiche une période novatrice. Mais ce n'est pas là le seul intérêt de ce décret qui modifie les dispositions du code relatives aux moyens de défense du consommateur en insérant à l'article 12 un troisième alinéa. En réalité, cet alinéa avait été créé à partir du premier alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile tel qu'il avait été institué par le décret du 9 septembre 1971, et qui avait déjà tenté de donner au juge un tel pouvoir. Le décret de 1975 n'avait alors fait que le consacrer davantage en l'isolant dans un troisième alinéa.

L'alinéa 3 inséré au sein de l'article 12 du code donne au juge la possibilité de relever d'office un moyen de pur droit alors qu'il n'a pas été soulevé par les parties en ces termes : « Il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ». Cette nouveauté permet au juge d'intervenir dans le procès lorsqu'il considère qu'un moyen n'a pas été invoqué par une partie et dont il juge qu'il devrait l'être.

51. Le « nouveau » pouvoir du juge. – Cependant la nouveauté de cet alinéa ne tient qu'au fait qu'il énonce clairement et de façon isolée que le juge a la faculté de soulever d'office un moyen de droit. En effet, cette faculté lui était déjà acquise à travers le deuxième alinéa de l'article 16 du CPC en 1971²⁰⁵. Ce dernier donnait au juge, de façon détournée, et en passant par l'énoncé d'une interdiction ou d'une « condition » le pouvoir de relever d'office un moyen de droit : « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit, autres que d'ordre public, qu'il a relevé d'office ou sur les explications complémentaires qu'il a demandées, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». En effet, avant que

l'article 22 du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation énonce que : « Dans toutes les dispositions réglementaires en vigueur, les mots : « nouveau code de procédure civile » sont remplacés par les mots : « code de procédure civile ».

²⁰⁴ Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 « Instituant un nouveau Code de procédure civile » publié au journal officiel le 9 décembre 1975 page 12521 et entré en vigueur au 1er janvier 1976.

²⁰⁵ Décret n°71-740 du 9 septembre 1971, précité.

n'intervienne la réforme, le juge relevait déjà d'office des moyens de droit en se servant de l'article 16 du CPC. Plus tard, la réforme de 1972²⁰⁶ conserva cette condition (en ne supprimant que les mots « autres que d'ordre public »), le pouvoir du juge de relever d'office des moyens de droit existant toujours. Ce n'est qu'en 1975 qu'elle disparut de l'article 16 pour renaître au sein de l'article 12 sous la forme de ce nouvel alinéa.

52. *A fortiori*, le juge peut donc, depuis cette dernière réforme, relever d'office des moyens de pur droit. Il importe peu que la nouveauté de l'alinéa 3 de l'article 12 soit relative : le code de 1975 prévoit expressément que le juge peut librement intervenir (ou non) dans le procès et interférer en faveur d'une des deux parties en relevant, à sa place, un moyen de pur droit propre à défendre leurs intérêts. « Le juge des temps nouveaux » est né²⁰⁷.

Néanmoins, si la compréhension de cet alinéa pouvait *a priori* s'avérer assez simple, d'autant plus que « le terrain » avait déjà été préparé depuis 1971, sa rédaction n'a pas semblé convaincante et sa réception au sein de la doctrine et de la jurisprudence fut controversée.

II. La réception controversée de l'article 12, alinéa 3

Dès son apparition, l'alinéa 3 fut disséqué par la doctrine, une opération dont il ressortira des éléments de discussions et une authentique controverse portant sur ce nouvel alinéa 3 (A). Il fut aussi utilisé par le juge, premier concerné par la réforme, qui l'utilisera au sein de décisions qui méritent d'être commentées, et révélant une réception jurisprudentielle partagée (B).

A. La controverse doctrinale portant sur le nouvel alinéa 3

La controverse porte classiquement tant sur le fond que sur la forme de cet alinéa et tient d'une part sur l'intensité du relevé d'office (1), sur le champ d'application du nouvel alinéa 3 (2), mais aussi sur le respect du principe du contradictoire (3).

²⁰⁶ Décret n° 72-684 du 20 juillet 1972, *précité*.

²⁰⁷ X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G* 11 avril 2001, n° 15-16, p. 745.

1° La controverse doctrinale tenant à l'intensité du relevé d'office

53. « Il peut relever d'office [...] ». – Cette rédaction oppose la doctrine sur la façon dont l'office du juge doit être orienté : vers plus d'encadrement ou plus d'autonomie. Ce sont les idées débattues entre MOTULSKY et CORNU qui illustrent la question puisque ces derniers s'opposaient sur la question du relevé d'office du juge qui était soutenue par MOTULSKY, mais condamné par le doyen CORNU. Pour le premier, il pèserait sur le juge un tel devoir de trancher le litige en droit qu'il lui faudrait alors nécessairement relever d'office les moyens de pur droit ; pour le second, le juge ne pourrait supporter une telle obligation en raison de la complexité infinie du droit.

54. La pensée « CORNÉENNE ». – En d'autres termes, selon CORNU, le juge ne serait pas dans l'obligation de relever d'office des moyens de droit parce que ses capacités juridiques seraient largement dépassées par le système juridique lui-même. Les justiciables seraient tributaires d'une justice qui leur serait rendue plus ou moins « bien » selon qu'ils « tomberaient » devant un juge plus ou moins « bien » avisé. Une telle réflexion est-elle suffisante pour expliquer que le juge ne soit pas obligé de trancher le litige conformément aux règles de droits qui lui sont applicables, alors qu'une partie n'aurait pas soulevé un moyen pourtant juridiquement valable ?

D'après cet auteur, adoptant une conception plus réductrice de l'office du juge, la qualité de la justice rendue devrait s'adapter à la qualité des juges fatalement amoindrie par un système juridique dont il semble que personne ne puisse l'appliquer correctement ; alors qu'il serait plus logique et louable d'adapter la qualité des juges à celle du système juridique pour qu'enfin la justice rendue soit la plus légitime possible. Cette vision de la justice dépeinte par CORNU est partagée par les professeurs G. BOLARD et S. GUINCHARD lorsqu'ils déclarent que « la faiblesse du juge ne disparaît pas au moment où il juge. C'est un juge faillible qui statue ». Mais ils ajoutent aussi que « la faiblesse du juge ne justifie pas la faiblesse du justiciable »²⁰⁸. CORNU pointerait alors du doigt que la justice ne pourrait jamais atteindre la perfection du fait même que les juges ne sont que des Hommes. Par syllogisme « philosophico-juridique », on pourrait presque en conclure que : « Tous les juges sont imparfaits ; la justice est rendue par les juges ; donc la justice est imparfaite ».

²⁰⁸ G. BOLARD et S. GUINCHARD, « Office du juge - Le juge dans la cité », *JCP G* 29 mai 2002, n°22, p. 980, *précité*.

55. La pensée « MOTULSKIENNE ». – A l'inverse, pour MOTULSKY, le juge devrait toujours, quel que soit la nature du moyen de droit paraissant approprié à la défense d'une partie au litige, soulever le moyen en question de par sa qualité de juge. Que devrait-on penser d'un juge qui ne le ferait pas alors qu'il aurait noté l'existence d'un tel moyen ? Il serait facile de lancer la pierre à un tel juge, mais il en serait différemment à l'encontre d'un juge qui ne le ferait pas parce qu'il n'aurait pas remarqué qu'un tel moyen existait, et ce, de par sa nature humaine. Le professeur H.CROZE avait fait remarquer qu'accorder le pouvoir de relever d'office un moyen de droit au juge était une lourde responsabilité et que : « [...] si le juge est tout-puissant, mieux vaut qu'il soit infallible ! »²⁰⁹. C'est donc parce que tous les juges ne sont pas infallibles qu'il n'est pas possible de les contraindre tous à relever d'office les moyens de droit. Et c'est pour remettre tous les justiciables à « égalité », qu'aucun juge ne se verra obligé de les relever d'office.

Néanmoins, avec le décret de 1975, la commission de réforme a entendu donner au juge le pouvoir de dépasser celui des parties en ne se cantonnant pas à ce que ces derniers auraient invoqué pour leur défense mais en accomplissant avec eux ce travail, puisqu'il pourrait définir lui aussi les moyens de droit jugés utiles et valables. Un double travail pour le juge, mais une entreprise facultative, puisqu'il « peut » relever d'office les moyens de pur droit. Même si le législateur a voulu tenter de dépasser les limites forgées autour de l'office du juge en raison de ses limites « naturelles », il n'est toutefois pas allé plus loin, s'adaptant ainsi aux réalités exposées par CORNU. Cet alinéa devait donc être considéré comme une évolution positive de la procédure civile, puisque le juge n'était plus obligé de rester spectateur face à la joute opposant les parties devant lui.

La question de savoir si le juge devait être contraint ou invité à relever d'office un moyen de droit trouvait une réponse claire dans cet alinéa usant du verbe « pouvoir ». Mais si le juge tient à suivre cette invitation, il ne peut le faire que dans une certaine mesure, car cet alinéa n'englobe pas tous les moyens de droit. Une autre controverse s'ouvre alors, celle tenant au champ d'application du relevé d'office.

²⁰⁹ H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010, précité, p. 229.

2° La controverse doctrinale tenant au champ d'application du nouvel alinéa 3

56. Le choix des termes de l'alinéa 3 limitait la possibilité pour le juge d'user de son pouvoir du relevé d'office, puisqu'il ne pouvait le faire qu'à l'égard des moyens « de pur droit ».

57. Les « moyens ». – Les « moyens » sont définis comme étant « [...] le soutien nécessaire de la demande et de la défense. Ce sont eux qui forment le fondement de la cause »²¹⁰. Ces derniers peuvent cependant être distingués selon qu'ils sont dits « de droit », « de fait », ou « de pur droit ». Le nouvel alinéa ne viserait donc que ces derniers, excluant alors les moyens de fait mais aussi ceux n'étant « que » de droit. Il est aisé d'imaginer que les moyens de faits, qui sont ceux « [...] spécialement allégués par un plaideur pour fonder ou critiquer une prétention »²¹¹ (c'est-à-dire un moyen qui se rattache spécifiquement aux faits ayant fait naître le litige) et ceux de droit puissent être facilement différenciés l'un de l'autre, mais la frontière est moins nette en ce qui concerne les moyens de pur droit.

58. Les moyens « de droits ». – En effet, les moyens de droit sont ceux qui constituent le « fondement juridique », et/ou la « raison tirée d'une règle de droit propre, d'après celui qui l'expose, à justifier la demande ou la décision »²¹²; ils sont issus des textes juridiques applicables aux faits litigieux. Le moyen de « pur droit » est le « moyen dont la justification opère sans qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre des faits autres que ceux établis dans le débat, parce qu'il se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce n'en postule pas d'autres »²¹³ ; ils ne sont donc examinés que « [...] sous le seul rapport de la règle de droit, n'exigeant aucune considération d'aucun fait qui n'ait été déjà déduit en justice »²¹⁴.

Ces définitions rejoignent celle donnée par la jurisprudence qui considère que : « [...] la notion de moyen nouveau de "pur droit" [...] vise l'hypothèse dans laquelle le demandeur fait valoir une règle de droit nouvelle, [...] pour l'application de laquelle la Cour de cassation n'a à tenir compte d'aucune considération de fait autre que celles résultant de la

²¹⁰ R.GUILLIEN et J.VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 16^e éd., Dalloz, 2007, p. 436 ; S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 618.

²¹¹ G.CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 666.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 617.

décision attaquée »²¹⁵. Ce moyen ne doit donc pas être perçu comme une application du droit aux faits mais une application du droit au litige de façon presque absolue et devant prévaloir sur le moyen « de droit »²¹⁶.

59. Une définition insuffisante. – Mais si, en théorie, une définition peut être donnée à chacune de ces notions, ces dernières ne permettraient pas, selon la doctrine, d'effectuer en pratique une délimitation efficace du relevé d'office des moyens par le juge en raison de l'incertitude produite par l'adjectif « pur ». Si l'on sort du cadre strictement juridique, selon le dictionnaire du « Larousse », le terme « pur » renvoie alors à quelque chose qui serait « sans mélange », ou qui serait « sans défaut ni surcharge », ou encore à « une activité intellectuelle considérée hors de toute préoccupation pratique ». Pourtant, si des moyens de droit ont été relevés pour défendre les intérêts d'une des parties, ils n'ont pu l'être qu'en fonction des faits litigieux apportés par ces dernières dans le débat. Les faits à l'origine du conflit, et les moyens propre à les dénouer en faveur de l'une ou l'autre des parties seraient donc d'une certaine manière indissociables...

En précisant dans quelle sphère le juge pourra valablement user de son pouvoir de relever d'office, le législateur s'est voulu prudent et précis, mais la notion de « pur droit » n'a fait qu'engendrer de multiples et excessives distinctions. Si le législateur a usé du terme « pur », il n'en a pas donné la définition ; la distinction entre les moyens de « fait », de « pur » droit, de « droit » et ceux « mélangés en fait et en droit » ne serait pas suffisamment nette²¹⁷. Ces nombreuses distinctions opérées tant par le législateur que par la doctrine ne feront que rendre la tâche du juge plus difficile, et apporter aux justiciables plus d'incertitudes et d'insécurité juridique.

Néanmoins, à la lecture des termes « pur droit », la logique voudrait que soient exclus les moyens de fait et ceux mélangés en fait et en droit et l'on pourrait voir ici une manière de faire perdurer le fil directeur de la procédure civile qui veut que les faits appartiennent aux parties et le droit au juge.

²¹⁵ Cass, 1^{re} civ. 16 février 1994, n° 91-17.270, Bull. civ. 1994, I, n° 68.

²¹⁶ Les moyens de pur droit sont ceux pouvant être invoqués devant la Cour de cassation pour la première fois : article 619, alinéa 2 du Code de procédure civile.

²¹⁷ Etant entendu que le moyen mélangé en fait et en droit est celui « [...] qui se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce exigerait la mise en œuvre de faits qui ne résulteraient pas du débat (tenu de fonder exclusivement sa décision sur les faits qui sont dans le débat, le juge ne peut suppléer d'office les moyens mélangés de fait) ».

Dans tous les cas, si les termes utilisés par le législateur pour définir le champ d'application de cet alinéa 3, ne sont pas suffisamment précis, il lui est reproché de pouvoir ainsi passer outre un des principes majeurs de la procédure civile pourtant reconnu et consacré par la jurisprudence nationale et européenne. Il s'agit du principe « du contradictoire » (ou « de la contradiction ») prévu à l'article 16 du Code de procédure civile, remis en cause par le nouvel alinéa 3 de l'article 12.

3° La controverse doctrinale tenant au respect du principe du contradictoire

60. Le principe du contradictoire. – Ce principe, découlant de celui du respect des droits de la défense dégagé par MOTULSKY dès 1961²¹⁸, consiste à accorder aux parties à un procès le droit de « faire valoir leurs moyens de défense et leurs prétentions respectives dans l'instance qui les oppose »²¹⁹, ou encore d'être « [...] informée de l'existence d'une instance engagée contre elle [...] »²²⁰ et d'être [...] en mesure de discuter librement les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire »²²¹. « [...] condition indispensable de la liberté de la défense »²²², ce principe a été élevé au rang de principe général du droit par le Conseil d'Etat²²³, consacré plus tard par le Conseil constitutionnel en principe à valeur constitutionnelle²²⁴ et enfin lié à l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, tant par la Cour Européenne des Droits de l'Homme²²⁵ que par la Cour de cassation²²⁶.

²¹⁸ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd., Précis Dalloz, 2008, p. 632.

²¹⁹ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 255.

²²⁰ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 243.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ CE, Sect., 5 mai 1944, n° 69.751, « Dame Veuve Tromprier-Gravier » : « Considérant qu'eu égard au caractère que présentait, dans les circonstances susmentionnées, le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction, une telle mesure ne pouvait légalement intervenir sans que la dame veuve Tromprier –Gravier eût été mise à même de discuter les griefs formulés contre elle ; que la requérante, n'ayant pas été préalablement invitée à présenter ses moyens de défense, est fondée à soutenir que la décision attaquée a été prise dans des conditions irrégulières par le préfet de la Seine et est, dès lors, entachée d'excès de pouvoir ; »

²²⁴ DC, 13 novembre 1985, n° 85-142 L.

²²⁵ CEDH, 26 juin 1993, « Ruiz-Mateos c. Espagne », n° 12952/87, paragraphe 63 : « La Cour examinera le grief à la lumière de l'ensemble du paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1), car le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance ».

²²⁶ Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière le 22 décembre 2000 n°s 98-15.567, 98-21.238, et 99-11.303, Bull. Ass. plén. 2000, n° 12, p. 21, dans le domaine de la sécurité sociale : « Vu l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que toute personne a droit à ce que sa

L'article 16, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile de 1971 imposait que ce principe soit respecté par les parties entre elles mais aussi par le juge : « Le juge doit, en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction »²²⁷. Cette contrainte fut modifiée en 1975, le premier alinéa de l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile étant finalement ainsi rédigé : « Le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction ». *A contrario*, pour une partie de la doctrine, le juge n'y était donc plus lui-même soumis.

61. Le relevé d'office d'exception au principe du contradictoire. – Ainsi, le nouvel alinéa 3 doublé par le premier de l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile de 1975, permettait au juge de relever d'office un moyen de droit en faveur d'une des deux parties sans permettre de débats entre elles. En permettant d'une part au juge de pouvoir relever d'office un moyen de droit et en le dispensant d'autre part à respecter le contradictoire, le juge pouvait participer au procès sans avoir à provoquer les discussions des parties sur les moyens qu'il aurait soulevés pour la défense de l'une d'elles, un pouvoir clairement contesté par la doctrine comme étant contraire aux principes généraux du droit et à l'esprit « égalitaire » de la procédure civile.

Rien ne nous permet de dire que la phrase devait se terminer implicitement de la façon suivante : « Le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction [*entre les parties*] ». Au contraire, étant donné que, peu de temps avant la réforme de 1975, le juge y avait été préalablement soumis et que l'article 16 alinéa 1^{er} ne précise pas spécifiquement que le contradictoire doive être observé uniquement entre les parties, il est permis de penser que l'alinéa aurait pu être compris de cette manière : « Le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction [*dans le procès civil*] ». Le principe s'appliquerait de façon générale et impersonnelle, et le juge, en relevant d'office un moyen de pur droit, interviendrait activement dans le procès civil impliquant qu'il soit lui aussi soumis au principe de la contradiction. La précision « en toutes circonstances » pourrait logiquement signifier que, qu'elles que soit les circonstances dans lesquelles la défense des parties est effectuée (qu'elle le soit sous la main du juge ou des parties), le principe de la contradiction se doit d'être observé, et ce sous le contrôle du juge.

cause soit entendue équitablement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance et de discuter de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision ».

²²⁷ Pour une difficulté du respect du principe du contradictoire dans le procès constitutionnel en raison du court délai dans lequel il est enfermé : G. DRAGO, « Quels principes directeurs pour le procès constitutionnel ? », in *Justice et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel - Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 444.

62. Une exception relative. – Cependant, avec cette réforme de 1975, si le premier alinéa de cet article 16 est ainsi rédigé, le second (« Il ne peut retenir dans sa décision que les explications qu'il a recueillies contradictoirement »), existe. Si pour la doctrine le juge n'est plus concerné, depuis 1975, par le principe de la contradiction lorsqu'il relève d'office des moyens de pur droit, il est tout de même obligé de suivre ce principe au moment où il rend sa décision. En d'autres termes, si la doctrine s'effraie de voir un juge bafouer le principe de la contradiction en relevant d'office un moyen de droit qui ne serait pas débattu entre les parties, le juge ne pourrait pas, de toute façon, le retenir dans sa décision ; s'il est tenu de « faire observer » le principe de la contradiction, il n'en est pas dispensé pour autant.

Si des doutes peuvent être émis quant à l'efficacité du nouvel alinéa 3 de l'article 12 issu de la réforme de 1975, le juge va l'utiliser à plusieurs reprises, justifiant ainsi sa manière, vivement critiquée, de relever d'office des moyens de droit. Cette utilisation ponctuelle illustrera cependant l'ambivalence de la jurisprudence sur la question du relevé d'office qui, en théorie comme en pratique, pose des difficultés. Ces dernières sont logiquement en miroir de celles soulevées par la doctrine.

B. Une réception jurisprudentielle du nouvel alinéa partagée

Ce nouvel alinéa transforme la jurisprudence sur le relevé d'office du juge ; sa réception suscitera quelques difficultés qui porteront sur le terme « pur » (1) employé par le législateur dans cet alinéa, mais aussi sur le respect de la contradiction (2).

1° Difficulté jurisprudentielle tenant au terme « pur »

Le législateur, en décidant de donner plus de précisions quant au champ d'application du relevé d'office du juge, a provoqué bien plus de débats que d'éclaircissements. Si la doctrine ne se retrouve pas dans les termes employés par le législateur pour cantonner le pouvoir du relevé d'office du juge des moyens dits de « pur » droit, le juge tâtonne également.

63. L'arrêt « PETCHOT-BAQUE ». – Le 29 novembre 1978, la première chambre civile de la Cour²²⁸ casse un arrêt rendu par la Cour d'appel de Pau le 9 décembre 1976 au

²²⁸ Cass, 1^{re} civ. 29 novembre 1978, n° 77-11.073, Bull. civ. 1978 I, n° 369, p. 287.

motif qu'elle avait « [...] relevé d'office un moyen qui n'était pas de pur droit, car il nécessitait l'appréciation d'éléments de fait et notamment de la portée du contrat de prêt [...] ». Elle avait alors rappelé et conclu, au visa de l'article 12, alinéa 3 du « Nouveau Code de procédure civile » : « [...] il résulte du texte susvisé que le juge ne peut relever d'office que les moyens de pur droit ». Pour la Cour d'appel, il s'agissait d'une question de responsabilité contractuelle tandis que pour la Cour de cassation, d'une action en dommages-intérêts « fondée sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle ». En l'espèce, le litige portait sur un contrat de prêt portant sur une voiture endommagée par l'emprunteur ; afin de faire droit à la demande du prêteur (le garage Pierre Gelé), la Cour d'appel avait relevé d'office que : « [...] l'emprunteur (Petchot-Baque), en empruntant une voiture au garage Gelé, s'était engagé à veiller à la garde et à la conservation de la chose prêtée [...] ». Pour elle, en ne le faisant pas, l'emprunteur avait engagé sa responsabilité contractuelle.

A l'inverse, pour la Cour de cassation, la faute de cet emprunteur relevait de sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, c'est-à-dire extracontractuelle. La demande en dommages-intérêts du prêteur sortait donc du domaine strict du droit, et le moyen, relevé d'office par la Cour d'appel qui tendait à faire droit à cette demande, aurait été fondé sur la portée du contrat de prêt. Or la portée du contrat ne serait pas, pour la Cour de cassation, un élément de droit mais plutôt un élément nécessitant « l'appréciation d'éléments de fait » ; le moyen relevé d'office par la Cour d'appel est un moyen que l'on pourrait qualifier de moyen « mélangé en fait et en droit ».

La Cour d'appel n'avait pas cherché à relever d'office un moyen qui ne serait pas de « pur droit » puisqu'elle s'était fondée, selon elle, sur un élément de droit (le contrat, et la responsabilité contractuelle). En interprétant différemment l'arrêt la Cour aurait rappelé inutilement les dispositions de l'article 12, alinéa 3 du Nouveau Code de procédure civile que la Cour d'appel n'avait pas eu l'intention de contredire.

64. Plus tard, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation se positionna elle aussi sur la question en donnant une interprétation *a contrario* du terme « pur » dans un arrêt en date du 14 février 1985²²⁹. La Cour avait décidé que : « [...] la Cour d'appel [...] n'avait pas

²²⁹ Cass, 2^e civ. 14 février 1985, n° 83-12.062, Bull. civ. 1985 I, n° 38, p. 27 : « [...] Sur le second moyen, pris en ses deux branches : Attendu qu'il est reproché à la Cour d'appel d'avoir validé le congé, d'une part, sans répondre aux conclusions de M.Y... dans lesquelles il soutenait que le local loué à titre professionnel était soumis à la loi du 1er Septembre 1948 et qu'il bénéficiait du maintien dans les lieux prévu à l'article 4, et, d'autre part, sans avoir vérifié d'office si le bail n'était pas soumis aux dispositions de ladite loi lui ouvrant le bénéfice du maintien dans les lieux comme occupant de bonne foi, violant à la fois l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile et l'article 87 de la loi du 1er Septembre 1948 ; Mais attendu que la Cour d'appel qui

d'avantage l'obligation de soulever un moyen qui, impliquant l'appréciation de circonstances de fait, n'était pas de pur droit [...] ». En d'autres termes, l'arrêt déclare que le juge de la Cour d'appel n'avait pas à soulever le moyen en question parce qu'il n'était pas de pur droit ; la doctrine en déduira que la jurisprudence pose ici une obligation pour le juge de relever d'office un moyen lorsqu'il est de « pur droit ». Il s'agissait d'un moyen qui relevait de l'application à un bail des dispositions de la loi du 1^{er} septembre 1948. Il aurait pu s'agir d'un moyen de pur droit si la Cour de cassation n'avait pas jugé que son application dépendait d'éléments de fait ; ce moyen n'était pas de pur droit, mais mélangé en fait et en droit. Pris *a contrario*, l'arrêt précise, sans détours, que le juge aurait eu l'obligation de soulever le moyen s'il avait été de pur droit... Rappelant ainsi les termes de l'article 12, alinéa 3 du NCPC.

65. Les moyens mélangés en fait et en droit. – Il semble alors que ce soient davantage les moyens mélangés en fait et en droit qui présentent des difficultés et qui laissent apparaître des dissensions au sein de la jurisprudence. Les deux premières chambres de la Cour de cassation avaient été confrontées à des moyens qui tous deux portaient sur des contrats, mais qui « nécessitaient l'appréciation d'éléments » ou « de circonstances de fait ». La difficulté ne porterait donc pas tant sur l'interprétation du terme « pur » utilisé par le troisième alinéa de l'article 12 du Code, mais plutôt sur ce qu'il n'inclurait pas : c'est-à-dire le fait. Les désaccords surgiront bien plus au sujet des moyens mélangés en fait et en droit, qui pour certains seront de droit et pour d'autres de fait, tandis que les moyens de droit ou les moyens de fait, de par la simplicité de la définition qui doit leur être donnée, mettront tout le monde d'accord, facilitant leur application. La Cour de cassation semble adopter un comportement uniforme lorsqu'elle est amenée à trancher un litige impliquant un moyen mélangé en fait et en droit : elle nie toute obligation pour le juge de le soulever d'office.

Qu'il s'agisse pour la Cour de limiter le pouvoir du relevé d'office du juge, ou d'appliquer le texte de manière stricte, elle allège la tâche du juge à qui ne sera pas reproché de n'avoir pas relevé d'office tout moyen qui ne serait pas de pur droit. Mais encore faudra-t-il déceler ceux qui le seront... Alléger n'est pas simplifier.

n'avait pas à répondre à des conclusions dont, en raison de l'irrecevabilité de la constitution d'avoué de M.Y..., elle n'était pas saisie, n'avait pas davantage l'obligation de soulever un moyen qui, impliquant l'appréciation de circonstances de fait, n'était pas de pur droit [...] ».

Si l'alinéa 3 essayait diverses critiques, comme celle d'être trop obscur lorsqu'il prévoyait que seuls les moyens de « pur droit » pouvaient être relevés d'office par le juge, il lui était aussi et surtout reproché de poser une exception au respect de la contradiction.

2° Difficulté jurisprudentielle tenant au respect de la contradiction

66. Un juge soumis au principe. – En 1971, aucune des difficultés apparues dès 1975 concernant le respect de la contradiction n'était observée puisque le décret de 1971 avait prévu que le juge « observe lui-même » le principe de la contradiction (la seule exception qui était alors admise ne concernait que les moyens d'ordre public qui semblaient devoir sortir du champ du respect de la contradiction²³⁰, mais qui fut rapidement supprimée en 1972²³¹). Les décisions de la Cour de cassation, rendues au visa de l'article 16 du Code de 1971, font état d'une jurisprudence sévère en ce qui concerne le respect du principe du contradictoire par le juge lorsque ce dernier relève d'office un moyen de droit²³².

Il faut noter cependant que le juge, s'il ne les vise pas distinctement, retranscrit dans ses conclusions, à la fois les premier et second alinéas de l'article 16 du Code. Ce second alinéa n'a pas fondamentalement changé avec la réforme de 1975. Ainsi, lorsque le premier alinéa relatif au respect du contradictoire fut modifié, le fait que le second demeure presque à l'identique au sein du Code, en tout cas dans son esprit, aurait dû maintenir une continuité dans la jurisprudence. Cet alinéa, réformé en 1975 en même temps que l'apparition du nouvel

²³⁰ Le deuxième alinéa de l'article 16 du Code de procédure civile de 1971 précisait que : « [Le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit, autres que d'ordre public, qu'il a relevé d'office ou sur les explications complémentaires qu'il a demandées, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». Par exemple, la Cour considérait traditionnellement que la violation de l'article 141 du Code de procédure civile concernant la rédaction du jugement relevait d'un moyen d'ordre public et devait « [...] au besoin, être relevée d'office [...] » (en ce sens : Cass. 2^e civ. 10 juin 1960, Bull. civ. 1960 II, n° 370, Cass. 2^e civ. 19 juillet 1960, Bull. civ. 1960 II, n° 501 et Cass. 2^e civ. 18 juin 1970, n° 69-13917, Bull. civ. 1970 II, n° 216, p. 165).

²³¹ Article 122-III du décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 « Instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale d'un Nouveau Code de procédure civile ».

²³² Cass, 1^{re} civ. 4 novembre 1975, n° 74-12.225, Bull. civ. 1975 I, n° 310, p. 258 : « Vu l'article 16 du décret du 9 Septembre 1971; Attendu qu'il résulte de ce texte que le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer le principe de la contradiction et ne point fonder sa décision sur le moyen de droit qu'il relève d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations » ; Cass, soc., 10 décembre 1975, n° 74-40.701, Bull. soc., n° 603, p. 509 : « Vu l'article 1134 du Code civil et l'article 16 du décret du 9 Septembre 1971; Attendu que le juge ne peut fonder sa décision sur des moyens qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations » ; Cass, 1^{re} civ. 29 octobre 1973, n° 72-13.174, Bull. civ. 1973 I, n° 288, p. 236 : « Vu l'article 16 du décret n°71-740 du 9 Septembre 1971 ; Attendu qu'il résulte de ce texte que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction et ne point fonder sa décision sur le moyen de droit qu'il relève d'office ou sur les explications complémentaires qu'il a demandées sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

alinéa 3 de l'article 12, ne concernait plus que les parties, le juge devant « faire observer » le principe de la contradiction.

67. Un juge dispensé du principe. – Le changement tient alors au fait que le juge n'apparaît plus au sein du premier alinéa de l'article 16 du NCPC en tant qu'il doive lui aussi observer le principe du contradictoire. Faut-il alors en conclure qu'il n'ait plus à le respecter? La jurisprudence ne donne pas de réponse claire.

A ce propos, le professeur J. JULIEN avait noté une opposition entre la doctrine qui considérait que le juge était toujours dans l'obligation de respecter le principe de la contradiction, et la jurisprudence qui avait accueilli la réforme de sorte qu'elle ne sanctionnait plus les juges du fond relevant d'office des moyens de pur droit sans provoquer de débat contradictoire. Pourtant, si le professeur J. JULIEN tire de telles conclusions, une partie de la jurisprudence produite entre les années 1975 et 1979 démontre que le juge a souvent usé de ce nouvel alinéa²³³. En effet, il apparaît que les solutions ont souvent été rédigées en ces termes : « Attendu qu'en vertu de ces textes, aucun moyen de droit ne peut être relevé d'office par les juges sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations et sans que les débats aient été réouverts ». Parfois, le juge ne fait pas mention de l'article 12, alinéa 3 de 1975²³⁴.

68. Articles 12 et 16 du CPC. – Le juge, conscient lui aussi de la difficulté liée au respect de la contradiction que pose un tel alinéa, prend quelques précautions en précisant d'emblée que s'il use du relevé d'office conformément à l'article 12, alinéa 3 du NCPC, il ne le fait que dans le respect de la contradiction, prévue à l'article 16 du même code. Une telle conclusion s'accompagne inutilement du visa de l'article 12, alinéa 3 qui est le reflet de celui de l'article 16, alinéa 3.

²³³ Cass, 2^e civ. 6 juillet 1978, n° 76-15.636, Bull. civ. 1978 II, n° 181, p. 142 : « Vu l'article 16, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile ; Attendu qu'aux termes de ce texte, le juge doit en toutes circonstances faire observer le principe de la contradiction ;[...] l'arrêt faisant application de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile, a qualifié de faute, au sens de l'article 1382 du code civil, le défaut de précaution commis par Coppola Di Sarno ; Qu'en statuant ainsi, sans recueillir préalablement les explications des parties, alors que dans ses conclusions Farwagi avait fondé son action sur les articles 1386 et 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

²³⁴ Cass, 1^{re} civ. 4 avril 1978, n° 76-14.766, Bull. civ. 1978 I, n° 139, p. 111 : « Vu l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile ; Attendu que le juge Français ne peut faire application d'un texte de loi étranger qu'il a invoqué d'office qu'après avoir invité les parties à s'expliquer contradictoirement sur son application et son interprétation » ; Cass, 1^{re} civ. 19 juillet 1978, n° 77-11.316, Bull. civ. 1978 I, n° 277, p. 216 : « [...] Alors que, d'une part, selon le moyen, si le juge peut relever d'office les moyens de droit, c'est à la condition de permettre aux parties de présenter leur défense, en ordonnant la réouverture des débats ».

69. Des « explications recueillies contradictoirement ». – Il apparaît que le juge emprunte parfois même d'autres chemins, éludant la problématique liée au premier alinéa de l'article 16 du Nouveau Code et au respect de la contradiction. A l'occasion d'un litige portant sur un prêt consenti en vue d'un achat à crédit, la Cour d'appel de Grenoble avait relevé un moyen sans le soumettre à la discussion des parties, ce que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 21 juin 1978²³⁵, casse en ces termes : « Vu l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile dans sa rédaction antérieure au décret du 29 juillet 1976 ; Attendu que le juge ne peut retenir dans sa décision que les explications qu'il a recueillies contradictoirement ». L'arrêt ne précise pas s'il a été rendu au visa du premier alinéa de l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile tel qu'il existait depuis la réforme de 1975. Or, le juge donne un indice en indiquant qu'il use de cet article « [...] dans sa rédaction antérieure au décret du 29 juillet 1976 », c'est-à-dire existant sous cette forme : « [Le juge] ne peut retenir dans sa décision que les explications qu'il a recueillies contradictoirement ». On peut en conclure que le juge vise spécifiquement le second alinéa de l'article 16 qu'il reproduit d'ailleurs dans sa décision.

On s'aperçoit qu'en usant de ce second alinéa de façon générale, le juge a considéré que le moyen relevé d'office par la Cour d'appel devait entrer dans le champ d'application du deuxième alinéa de l'article 16 du Code²³⁶. Le juge de la Cour d'appel de Grenoble, aurait dû, selon la Cour de cassation, soumettre la nullité de la convention de financement (moyen relevé d'office par la Cour d'appel) à la contradiction. Le juge n'a donc pas eu besoin de se positionner par rapport au premier alinéa de l'article 16 réformé, et notamment quant à la question de savoir si le juge était ou non soumis au principe de la contradiction.

Une telle décision aurait été mieux comprise aujourd'hui car l'article 16, alinéa 2 ne se contente plus seulement de prévoir que « [...] les explications [...] » doivent être recueillies contradictoirement, mais plutôt que ce sont « [...] les moyens, les explications et les documents [...] » qui doivent être soumis à la contradiction. Ici, la Cour d'appel avait bien relevé un moyen que la Cour de cassation avait fait entrer, à tort ou artificiellement, dans le panier des « explications ».

²³⁵ Cass, 2^e civ. 21 juin 1978, n° 76-15.390, Bull. civ. 1978 II, n° 165, p. 129.

²³⁶ Pour une reproduction de partielle de la solution de la Cour de cassation : « Qu'en se déterminant par ces motifs, sans avoir recueilli les explications des parties, alors que les moyens ainsi retenus n'avaient pas été invoqués par le époux X..., la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Discuté, l'alinéa 3 de l'article 12 était voué à n'exister qu'à travers l'article 16, dont le principe de la contradiction, édicté en son premier alinéa, ne pouvait être aisément atteint. Les difficultés d'interprétation et d'application de ce nouvel alinéa, vecteur de renouvellement des traditions et des principes généraux du droit, rendirent les critiques plus nettes. Cette situation ne pouvait résulter que d'un défaut de rédaction que le législateur a rapidement imputé à l'alinéa 3 le faisant disparaître.

§ 2. La disparition partielle du nouvel alinéa 3 de l'article 12 du « Nouveau Code de procédure civile »

Malgré l'intervention du Conseil d'Etat en 1979 visant à supprimer cet alinéa 3 de l'article 12 (I), ce dernier n'a pas totalement disparu ; il survit au sein des principes directeurs de la procédure civile (II).

I. L'intervention en suppression du Conseil d'Etat

« *Ne procedat judex ex officio* »²³⁷.

C'est une décision de la section contentieuse du Conseil d'Etat présidée par le commissaire du gouvernement FRANC, en date du 12 octobre 1979²³⁸, qui a conduit à la suppression de cet alinéa, jugé contraire aux principes généraux du droit relatifs notamment au principe du contradictoire. C'est une demande en ce sens (A) qui avait amené le Conseil d'Etat à y répondre (B).

A. La demande en annulation

Les requérants²³⁹ avaient demandé l'annulation de plusieurs articles du Nouveau Code de procédure civile, et notamment de cet alinéa 3 de l'article 12 du code, arguant que le

²³⁷ Adage latin qui signifie : « que le juge ne procède pas d'office ».

²³⁸ CE, Ass., 12 octobre 1979, n°01875 01905 01948 à 01951, publié au Recueil Lebon.

²³⁹ Il s'agissait de requêtes formées par les nouveaux avocats de France, le syndicat des avocats de France, l'association nationale des avocats, et la fédération des jeunes avocats, par l'ordre des avocats au barreau du Mans, de Monsieur Emile X. ..., par la société anonyme Gaston X. ..., par l'ordre des avocats à la Cour d'appel de Toulouse, par l'ordre des avocats à la Cour d'appel d'Angers, et tendant à l'annulation des articles 7, 12, 16 alinéas 1^{er}, 26, 29, 48, 120, 125, 138, 386, 412, 413, 416, 435, 442, 444, 704, 757, alinéas 2, 767, 833 et 905 du « Nouveau » Code de procédure civile institué par le décret n°1123 du 5 décembre 1975.

Code de procédure civile présentait des illégalités dans sa rédaction de 1975. Ces illégalités auraient été présentes du seul fait que l'alinéa permettait au juge de soulever d'office un moyen de droit sans le soumettre au principe du contradictoire. Le principe du contradictoire était déjà sacralisé de façon générale, c'est-à-dire tant pour le procès civil, pénal, qu'administratif, au point qu'il était défini comme étant : « [...] l'âme du procès en ce qu'il n'y a de procès digne de ce nom que si la contradiction entre les parties est assurée »²⁴⁰.

La sacralisation du principe du contradictoire ne sera pas démentie par le Conseil d'Etat dans sa réponse.

B. La réponse du Conseil d'Etat

Le Gouvernement avait approuvé cet argument et considéré qu'il n'était pas possible de permettre au juge de se dispenser du principe du contradictoire, et avait accueilli la demande tendant à l'annulation de cet alinéa mais aussi de l'article 16, alinéa 1^{er}. Cependant, cette décision n'avait pas été entièrement approuvée par une partie de la doctrine qui considérait que le Conseil d'Etat avait annulé inutilement l'alinéa 3 de l'article 12 du code, alors qu'il lui aurait suffi d'annuler le premier alinéa de l'article 16.

70. Combinaison dangereuse. – En effet, ce n'était pas tant d'accorder au juge le pouvoir de relever d'office un moyen de pur droit qui gênait la doctrine mais plutôt ses conséquences sur le principe du contradictoire qui se trouvait atteint par le jeu de l'article 16, alinéa 1^{er}. Cette disposition, mise en parallèle avec l'alinéa 3, permettait au juge de se dispenser de respecter ce principe pourtant sacralisé par les théoriciens et praticiens du droit. La difficulté provenant du binôme, la suppression d'une des deux dispositions aurait donc suffi. Pour le professeur JULIEN, c'est uniquement l'article 16 alinéa 1^{er} qui aurait dû disparaître : « Ce qui était dangereux, c'était le couple art.16, alinéa 1^{er}, et art. 12, alinéa 3, nouv. C. pr. civ. Dès lors que l'art. 16 alinéa 1^{er}, est annulé, il n'y a aucun obstacle à ce que l'art. 12, alinéa 3, subsiste ; il y a même grand intérêt à ce qu'il en soit ainsi »²⁴¹.

A l'inverse, ce qu'il aurait peut-être fallu faire, c'est ajouter à ce nouvel alinéa 3 une disposition tenant au respect de la contradiction par le juge au même titre que celui prévu à

²⁴⁰ L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Mélanges Jacques NORMAND*, Litec, 2003, p. 86.

²⁴¹ P. JULIEN, note sous CE (section contentieuse) 12 octobre 1979, *Gaz. Pal.*, journal n°2/3, 3 janvier 1980, p 8.

l'article 16 à l'encontre des parties. Autre proposition : une modification de l'article 16, alinéa 1^{er} tel qu'il est aujourd'hui rédigé, aurait pu être effectuée, visant à soumettre les parties mais aussi le juge au principe du contradictoire tout en maintenant le troisième alinéa de 1975. En d'autres termes, dans de telles conditions, on peut imaginer que cet article 12, alinéa 3 de 1975 aurait pu exister encore aujourd'hui.

71. L'exemple de l'article 1015. – Cette affirmation est d'autant plus juste que l'article 1015 du Code de procédure civile ouvre aussi la voie du relevé d'office des moyens de droit, manifestant ainsi une volonté de voir un juge actif au sein du procès civil et donc au sein des litiges du droit de la consommation, sous réserve du respect du principe du contradictoire²⁴². Néanmoins cette faculté n'a pas la même portée que l'ancien alinéa puisqu'elle n'est ouverte que pour le juge de la Cour de cassation pour des moyens qu'il peut soulever d'office, ou substituer à un motif jugé erroné²⁴³.

Il est intéressant de noter à ce sujet, que le Conseil d'Etat, suivant le chemin de l'égalité des citoyens devant la justice, avait décidé que le texte, dans son ancienne rédaction, en posant une condition (le texte précisait qu'il s'agissait du relevé d'office des moyens de cassation) ouvrait une exception et permettait au juge de relever d'office un moyen de rejet de pourvoi²⁴⁴ ; sortant du champ d'application de l'article 1015, le moyen ne pouvait être soumis à la discussion des parties. Le 5 juillet 1985, le Conseil d'Etat avait donc annulé cet article dans lequel ne figure plus aujourd'hui le terme « cassation » mais sans toutefois faire référence au principe de la contradiction²⁴⁵. Ce qui a motivé la décision du juge était le

²⁴² Article 1015 CPC, article 13 du décret n°2008-484 du 22 mai 2008 : « Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné ».

²⁴³ Cass. 2^e civ. 12 janvier 1983, n° 82-11.686, Bull. civ. 1983 II, n° 7 : « Sur le moyen, relevé d'office après accomplissement des formalités prescrites par l'article 1015 du Nouveau Code de procédure civile ; Vu l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, Attendu que seul un événement constituant un cas de force majeure exonère le gardien de la chose instrument du dommage de la responsabilité par lui encourue par application de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil ».

²⁴⁴ Article 1015 du Code de procédure civile dans son ancienne rédaction issue du décret n° 79-941 du 7 novembre 1979 (« Réforme de la procédure en matière civile devant la Cour de cassation et modifications de certaines dispositions de procédure civile ») : « Le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe ».

²⁴⁵ CE Ass., 5 juillet 1985, n° 21-893 : « Sur la légalité de l'article 3 du décret du 7 novembre 1979 en tant qu'il modifie l'article 1015 du nouveau code de procédure civile : [...] Cons. que le gouvernement ne peut légalement adopter des dispositions réglementaires ayant pour effet de restreindre les garanties essentielles des justiciables ; que ces garanties résident notamment dans le principe de l'égalité des citoyens devant la justice ; que dès lors, en disposant par l'article 1015 du nouveau code de procédure civile que « le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe » et en dispensant ainsi le juge de l'obligation d'avertir les

déséquilibre entre les moyens de cassation et ceux de rejet du pourvoi plutôt que l'atteinte au principe de la contradiction, alors que l'essence de l'article 1015 est bien d'assurer le respect de ce principe.

Le relevé d'office tel qu'il a été imaginé en 1975 aura eu une existence éphémère, puisqu'il n'aura « vécu » que pendant quatre ans. Cette brièveté aura tout de même laissé quelques traces puisque selon une partie de la doctrine, le fantôme de l'alinéa 3 hanterait encore les principes directeurs du Code de procédure civile...

II. La persistance de l'alinéa 3

Source de difficultés dans son application, l'alinéa 3 survit pourtant à sa suppression à travers la jurisprudence (A), mais aussi à travers les textes (B).

A. La persistance de l'alinéa 3 à travers la jurisprudence

On observe que l'ancien alinéa 3 persiste au sein de la jurisprudence lors de la mise en jeu du principe de la contradiction (1), mais aussi au travers du critère de « pur droit » (2).

1° L'alinéa 3 au regard de la contradiction

72. Un principe acquis. – A la suite de l'intervention du Conseil d'Etat en 1979, et avant que l'article 16 du Code de procédure civile n'adopte sa rédaction actuelle dès 1981, la jurisprudence interpréta les dispositions du code de façon très hétérogène. Désormais, le principe de la contradiction ne devait plus connaître d'exceptions, et concernait tant les parties que le juge.

Mais si la Cour de cassation, dans son ensemble, respectait le principe de la contradiction tel que l'exigeait la doctrine, les différentes chambres de cette dernière ne s'accordaient pas sur son étendue. Il semble que si, à la suite de la suppression de l'alinéa 3, il

parties, notamment le demandeur, des moyens qui peuvent être soulevés par lui pour rejeter le pourvoi, le gouvernement a porté au principe de l'égalité des citoyens devant la justice une atteinte illégale ; [...] annulation de [...] l'article 1015 tel qu'il résulte de l'article 3 du [du décret du 7 novembre 1979] en tant qu'il limite aux moyens de cassation l'obligation faite au président d'avertir les parties des moyens qui peuvent être soulevés d'office, même s'ils ne sont pas d'ordre public ».

n'était pas possible d'échapper à la règle pour la chambre commerciale²⁴⁶, les deux dernières chambres civiles de la Cour n'appliquaient pas le principe de la contradiction lorsque des moyens de pur droit ou d'ordre public avaient été relevés d'office²⁴⁷.

Au-delà de la problématique liée à la combinaison de l'ancien alinéa 3 à l'ancien article 16 du Code de procédure civile, ce sont les termes utilisés par la Cour de cassation dans ses solutions qui seront plus significatifs.

2° L'alinéa 3 au regard du critère de « pur droit »

73. Plus tard, et dans le respect de la contradiction, la Cour fera même encore usage des termes de « pur droit » pourtant absents du Code de procédure civile.

74. Le relevé d'office du moyen de « pur droit ». – Le 22 mai 1985²⁴⁸, la même chambre rend une solution dans le sens du consommateur pour confirmer (partiellement) une décision des juges du fond qui avaient prononcé la nullité d'une clause insérée dans un mandat conclu entre un couple de consommateurs et une société immobilière. Dans cet arrêt la Cour décide : « Mais attendu que, s'agissant d'un moyen de pur droit qui n'était mélangé d'aucun élément de fait puisqu'il ressortait des termes mêmes du mandat dont l'application était demandé, la Cour d'appel était fondée à relever d'office le moyen tiré de la violation de l'article 7 de la loi du 2 janvier 1970 ».

²⁴⁶ Cass, com. 21 janvier 1980, n° 77-15.438, Bull. civ. 1980 IV, n° 34: « Vu l'article 16 du décret 71-740 du 9 Septembre 1971 ; Attendu que, selon ce texte, le juge doit, en toutes circonstances, observer lui-même le principe de la contradiction ».

²⁴⁷ Cass, 2^e civ. 31 janvier 1980, n° 77-13.908, Inédit : « Mais attendu qu'aucune disposition du Nouveau Code de procédure civile n'impose au juge qui soulève d'office une fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai imparti pour exercer une voie de recours de provoquer préalablement des explications des parties » ; en effet, la Cour s'était basée sur l'article 125 du Code pour en conclure qu'elle n'avait pas, ici, à respecter le principe du contradictoire (selon cet article : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ». Le texte ne prévoit à aucun moment que ce moyen, relevé d'office, doive être soumis à discussion). L'exception apportée au principe de la contradiction par la Cour est donc ciblée ; Cass, 3^e civ. 19 novembre 1986, n° 86-15.823, Bull. civ. III n°162, p.126 : « Attendu, d'une part, que le moyen relevé étant d'ordre public et devant être soulevé d'office, aucun avis préalable n'était à donner aux parties ; que, d'autre part, les requérants ne prétendent pas avoir eux-mêmes satisfait à l'obligation qui leur incombait de déposer au greffe la copie susvisée » ; il est évident que c'est par une application de l'article 120 du CPC que la Cour s'est permise de relever d'office le moyen qu'elle n'a pas pris la peine de soumettre aux parties puisqu'il s'agissait du défaut de production de pièces.

²⁴⁸ Cass, 1^{re} civ. 22 mai 1985, n° 84-10.572, Bull. civ. 1985 I, n° 159, p.145.

La Cour, en utilisant les termes du Code de procédure civile qui fait mention du relevé d'office des moyens « de droit », en déduit donc que le juge peut relever d'office ces moyens dès lors qu'il satisfait aux exigences du principe de la contradiction. Cette contradiction est démontrée selon la Cour qui précise : « [...] les termes même du mandat dont l'application était demandé [...] ». Si le mandat fait partie des éléments du débat, il est supposé avoir été contradictoirement débattu par les parties, de sorte que la Cour est « fondée » à relever d'office le moyen tiré de la violation de l'article 7 de la loi du 2 janvier 1970²⁴⁹ applicable en l'espèce.

En effet, une clause insérée dans le mandat prévoyait que sa durée était indéfinie par tacite reconduction. Or, les juges du fond, l'avaient qualifié d'illicite au regard de la loi du 2 janvier 1970. L'illicéité de cette clause avait vicié le contrat de mandat de sorte que celui-ci était nul. La Cour de cassation considère que le moyen ainsi relevé était de « pur droit » puisqu'il découlait de l'article 7 de la loi du 2 janvier 1970. Or, ce texte, qui réglemente « les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce » comporte effectivement un article 7 prévoyant que : « sont nulles les promesses et les conventions de toute nature relatives aux opérations visées à l'article 1^{er} qui ne comportent pas une limitation de leurs effets dans le temps ». Les juges du fond avaient donc effectivement, comme cela leur est imposé, tranché le litige conformément aux règles de droit issus de la loi de 1970, qui, dès lors, était de pur droit puisqu'il découlait du mandat objet du litige. Les juges avaient donc, en relevant d'office ce moyen de « pur droit » respecté le principe dispositif et notamment le principe de la contradiction. C'est en constatant cela, que la Cour, par conséquent, avait accueilli le pouvoir du juge de relever d'office un moyen de droit.

75. Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public. – Parallèlement, la Cour utilise ici la notion de « pur droit » issue de l'article 16 du code pour justifier que la clause puisse être relevée d'office, tout en affirmant que moyen avait bien été soumis au débat contradictoire prévu par ce texte. Il se trouvait qu'en l'espèce, le moyen de pur droit en question était tiré de l'illicéité des clauses, jugées illicites parce qu'elles étaient contraires à l'ordre public. Cette décision a, par ricochet, amené le juge à relever d'office une disposition d'ordre public, mais la Cour ne dit pas pour autant que le juge doit relever d'office de tels moyens de droit pour trancher le litige (une solution qui fut reprise bien plus tard dans le même sens par la Cour

²⁴⁹ Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 « réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce ».

d'appel en 2007²⁵⁰). La Cour décide donc, au regard de ces faits, de substituer une demande de nullité du contrat à une action en résolution du contrat.

76. L'esprit de l'article 12, alinéa 3 de 1975 inspirerait encore parfois la jurisprudence qui se sert de ces notions « d'ordre public » ou « de moyens de pur droit » pour écarter le principe du contradictoire ou tout simplement pour faire usage du relevé d'office. On considère que cet alinéa, désormais absent du Code, subsisterait encore par le biais de la jurisprudence, cette dernière étant par ailleurs soutenue par les textes qui prolongent celui de 1975.

B. La persistance de l'alinéa 3 à travers les textes

77. Le relevé d'office issu de l'article 16 CPC. – Si des reliquats de cet alinéa peuvent être retrouvés au sein du Code de procédure civile, comme par exemple l'article 620, alinéa 2²⁵¹, sa persistance ressort clairement de l'article 16, alinéa 3 du Code de procédure civile dès 1981 puisque ce dernier prévoit que : « [le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». L'expression n'a pas disparu, et le pouvoir du juge de relever d'office des moyens de droit demeure au sein de cet alinéa de façon sous-entendue. Il est même permis d'affirmer qu'il est accordé au juge le pouvoir de relever d'office un moyen de droit dès lors qu'il respecte le principe du contradictoire.

A ce propos, le professeur H. CROZE a très justement souligné que le pouvoir de relever d'office des moyens de droit accordé au juge par le biais de l'alinéa 3 de l'article 12 du NCPC, supprimé en 1979, a survécu « [...] à travers la formulation de l'article 16 alinéa 3 qui reconnaît implicitement au juge le pouvoir de relever d'office les moyens de droit »²⁵². Il sera pourtant regretté que l'article 16 reprenne à son compte et conserve les termes : « moyens de droit ». Il avait été reproché à l'ancien alinéa 3 de créer des illégalités par rapport à l'article 16 du Code. A notre sens, cet alinéa crée aujourd'hui une « inégalité » en opérant une

²⁵⁰ CA, Dijon, 13 mars 2007, ch. civ., section B, JurisData n°2007-038378; décision rendue sur le fondement de l'article L. 311-15 du code de la consommation. La cour d'appel approuve la décision du premier juge qui a considéré à juste titre qu'il « pouvait après avoir sollicité les observations des parties, relever d'office les moyens de pur droit découlant des irrégularités affectant le contrat [...] ; Qu'il lui appartient en effet, même en l'absence de l'emprunteur, de vérifier si les textes d'ordre public régissant le crédit à la consommation ont été respectés ».

²⁵¹ Un rapprochement de cette disposition effectué par D. LORIFERNE, rapport Ass. plén. 21 décembre 2007 n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin*, n°564.

²⁵² H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 231, *précité*.

distinction entre le respect de la contradiction pour les moyens de droit relevés d'office par le juge et les autres : l'actuel article 16 ne reprend pas le terme « pur droit » mais maintient la différence en précisant « de droit ». Il est regrettable que l'uniformité n'ait pas été préférée pour plus de simplicité et donc de sécurité juridique.

Malgré sa suppression par le Conseil d'Etat, l'alinéa 3 « [...] n'en a pas moins conservé une « autorité officieuse » unanimement reconnue²⁵³, et d'ailleurs attestée par la nouvelle rédaction de l'article 16 NCPC [...] »²⁵⁴. Désormais, les articles 7, 12, alinéa 2, et 16, alinéa 3 ensembles du Code de procédure civile donnent encore un semblant de réponse à la question du pouvoir du relevé d'office du juge²⁵⁵. Afin de rendre sa décision de la façon la plus juste possible et dans un objectif de respect des droits de la défense, le juge doit honorer un corps de règles destiné à définir les rôles respectifs des parties au procès.

L'histoire nous montre que le relevé d'office du juge est une question qui se posait dès 1980, et qui portait déjà à controverse, la suppression de ce relevé d'office ayant suivi de près sa création dans le Code de procédure civile. La controverse ne fait que commencer, et la question va se poser encore, invitant la jurisprudence à y prendre une part considérable pour trouver une solution satisfaisante.

Malgré les principes directeurs qui régissent nécessairement les litiges du droit de la consommation, le relevé d'office va renaître de ses cendres, même s'il a été plus qu'amoindri par sa suppression du Code de procédure civile. Cette renaissance, il pourra néanmoins la connaître à nouveau à travers les principes directeurs auxquels son office reste soumis. Pour que le relevé d'office prenne sa revanche, il lui faudra d'abord passer par des limites invariables posées par le Code de procédure civile.

²⁵³ C. BLÉRY, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », *Revue Procédures*, novembre 2012, n° 11, étude 6 : « Un troisième alinéa, annulé, prévoyait à l'origine que " le juge peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties " ; bien que non réintroduit au Code, il est admis que le pouvoir du juge n'a pas été affecté par cette péripétie ».

²⁵⁴ L. WEILLER, « L'article 12 NCPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties », *JCP G* 9 janvier 2008, vol. II, n° 2, 10006, note sous Ass. plén. 21 décembre 2007, n° 06-11.343.

²⁵⁵ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2000, *précité*, p. 539.

SECTION 2

LIMITES INVARIABLES AU RELEVÉ D'OFFICE ET PRINCIPES DIRECTEURS

« *Legibus atque ratione civitas sustinetur* »²⁵⁶.

78. Depuis la fin de l'instabilité due aux mutations de l'article 12 du CPC, le relevé d'office du juge va s'exprimer d'une manière différente, à travers les principes directeurs auxquels il est nécessairement soumis. Car même s'il peut sembler injuste de voir un juge parfois muselé au nom de ces derniers, « il y a entre la procédure et la substance une alchimie indéfinissable parce-que la procédure n'est pas seulement la gangue dans laquelle se coulent les prétentions des parties et s'exerce l'office du juge. La procédure participe elle-même au règlement du litige »²⁵⁷. Limite fondamentale à la liberté du juge dans l'exercice de son office²⁵⁸, c'est d'abord par le principe du contradictoire que le développement sera repris.

79. « Contradictoire » ou « contradiction »²⁵⁹ : telles sont les deux expressions pour désigner le droit fondamental à un recours effectif et l'accès à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Si c'est bien le second qu'utilise le CPC pour introduire les articles 14 à 17, c'est le premier d'entre eux qui sera choisi pour évoquer la « contrainte » qu'il impose à l'office du juge (§ 1). Une autre limite sera issue du principe dispositif, auquel le juge se trouve lié (§ 2).

²⁵⁶ Adage latin qui peut se traduire par l'idée selon laquelle l'application des règles de droit doit se faire dans le respect des principes directeurs. Citant cet adage, G. BOLARD explique : « Comme tous les principes généraux du droit, les principes directeurs du procès civil rappellent les limites du positivisme juridique : nécessaire aux fins de transmettre aux juges les décisions du législateur, il ne doit pas être abusivement étendu au point d'éliminer du droit positif la raison », G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G* 28 Juillet 1993, n° 30, I 3693, *précité*.

²⁵⁷ M.-L. NIBOYET, « Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, p. 363.

²⁵⁸ S. AMRANI-MEKKI, « Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense », *Revue Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 6 : « Les droits de la défense ne sont plus qu'un rempart contre l'action du juge, elles sont le moyen d'assurer une limite infranchissable à la quête d'économie judiciaire qui a bouleversé l'équilibre voulu par les rédacteurs du Nouveau Code de procédure civile entre l'office du juge et des parties ».

²⁵⁹ Sur la distinction entre ces deux termes *a priori* identiques : L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF Thémis, 2010, p. 637.

§ 1. Le juge lié par le principe du contradictoire

L'instabilité des principes directeurs est maintenant derrière nous, et le principe du contradictoire doit être confronté à l'office du juge tel qu'il existe aujourd'hui. Depuis 1981, le principe du contradictoire (I), qui s'impose tant au domaine de l'arbitrage²⁶⁰ qu'à celui des juridictions de droit commun, n'a pas subi de modifications. Néanmoins, ce principe s'accompagne d'une exception (II) qui n'apparaît pourtant pas clairement à la lecture de ces textes. C'est donc ailleurs qu'il faudra la chercher, au sein même du code et entre les lignes, poussant ainsi d'une part la doctrine et la jurisprudence à défendre ce principe fondamental et d'autre part à dévoiler la teneur des exceptions dont il souffre.

I. Le principe du contradictoire depuis 1981

80. *Audiat et altera pars*²⁶¹. – Le Code de procédure civile prévoit qu'une section entière sera consacrée à « la contradiction » aux articles 14 à 17²⁶². Ce sera au juge de s'assurer et de faire en sorte que le principe du contradictoire soit bien respecté à la fois entre les parties mais aussi entre lui et ces dernières. Le contradictoire se place donc sur deux niveaux : il s'applique indifféremment au juge (B) et aux parties (A).

A. Un respect du principe par les parties

Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat de 1979, mais surtout depuis l'entrée en vigueur du décret n°81-500 du 12 mai 1981 dont est ressorti l'article 16 sur le principe du contradictoire tel qu'il existe encore aujourd'hui, « tout est rentré dans l'ordre » : le principe du contradictoire (1), pour lequel il existe des cas de présomptions (2), est prévu au premier alinéa de l'article 16 du Code de procédure civile : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ».

²⁶⁰ Article 1464, alinéa 2 du Code de procédure civile : « Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 ».

²⁶¹ Adage latin qui signifie : « Que l'autre partie soit aussi entendue ».

²⁶² Pour une définition du principe, cf. note 60.

1° La procédure contradictoire

L'article 14 du CPC n'impose pas aux parties d'être présentes, mais d'avoir au moins été appelées²⁶³. A partir du moment où elles l'ont été, les parties sont libres de participer au débat ou non. Cette faculté laissée aux parties est souvent utilisée dans les litiges du droit de la consommation par les consommateurs en particulier. La complexité de la procédure, le découragement, l'absence de représentation, le manque de temps ou de moyen etc. sont autant de raisons qui les dissuades de se présenter devant le juge. A défaut d'avoir été « entendu », le consommateur aura été « appelé », et l'affaire n'en sera pas moins jugée (article 472 du CPC) contradictoirement, quel que soit la juridiction²⁶⁴.

Le Code de procédure civile ne dit pas comment ce principe s'exprime en pratique, et les conseils l'apprennent souvent sur le tas. En réalité il s'agit tout simplement de l'échange des dossiers de main à main ou par boîte aux lettres²⁶⁵.

81. Article 16, alinéa 1^{er} du CPC. – « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer [...] le principe de la contradiction ». C'est ce premier alinéa qui pose le principe de manière générale : le respect du contradictoire entre les parties ne peut être assuré que par le juge qui doit faire en sorte que les parties puissent accéder à ce droit et ne peut fonder sa décision que sur des éléments débattus contradictoirement entre elles²⁶⁶.

82. Article 16, alinéa 2^e du CPC. – Il est prévu, à travers le second alinéa de l'article 16 que : « [Le juge] ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les

²⁶³ Article 844 du Code de procédure civile : « Le greffier convoque les parties à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il adresse le même jour copie de cette convocation par lettre simple. Le demandeur peut aussi être convoqué verbalement contre émargement. Outre les mentions prescrites par l'article 665-1, la convocation adressée au défendeur rappelle les dispositions de l'article 847-2 et comprend en annexe une copie de la déclaration et des pièces qui y sont jointes. Cette convocation vaut citation ».

²⁶⁴ Cass, 2^e civ. 30 avril 2003, Bull. civ. II, n°125 ; Cass, 2^e civ. 21 février 2013, n° 11-27051, Bull. civ. 2013, II, n° 39, *Mme X c/ Commission de surendettement des particuliers* ; *Gaz. Pal.* 25 mai 2013, n° 145, p. 32, note L. RASCHEL (le juge de l'exécution doit respecter le principe du contradictoire).

²⁶⁵ Le Code de procédure civile détermine quelles sont les pièces qui doivent être transmises à la partie adverse ; article 15 du Code de procédure civile : « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

²⁶⁶ A titre d'illustration : Cass, 3^e civ. 9 janvier 1979, n° 77-14.122, Bull. civ. 1979 III, n° 11, p. 8 ; Cass, 2^e civ. 26 juin 2003, n° 01-13.529, Bull. civ. 2003 II, n° 212, p. 178 ; Cass, 1^{re} civ. 13 juillet 2004, n° 01-14.506, Bull. civ. 2004 I, n° 205, p. 172 ; Cass, 2^e civ. 19 mai 2005, n° 03-04.168, Bull. civ. 2005 II, n° 126, p. 114 ; Cass, 2^e civ. 11 janvier 2006, n° 03-17.381, Bull. civ. 2006 II, n° 10, p. 10 ; Cass, 1^{re} civ. 6 mars 2013, n° 12-14.488, Bull. civ. 2013, I, n° 38.

documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ».

Voilà un alinéa qui permet aux parties de pouvoir reprocher au juge d'avoir tranché le litige en fonction de moyens, d'explications ou de documents invoqués ou produits par les parties n'ayant pas été débattus entre elles.

Elles ne pourront toutefois pas reprocher au juge d'avoir méconnu ce principe si elles n'en apportent pas la preuve contraire.

2° La présomption du contradictoire

83. La présomption simple. – Le principe du contradictoire est supposé avoir été respecté dès lors qu'aucune contestation n'a été formulée²⁶⁷. C'est une présomption simple²⁶⁸ qui permet de faciliter la procédure : le débat est présumé avoir été mené entre les parties sur leurs moyens respectifs lorsque chacune d'elle a fait connaître à l'autre le moyen invoqué, et que chacune d'elle a pu le discuter devant le juge.

84. La présomption de la procédure orale. – Si cette présomption existe dans la procédure écrite, elle est symptomatique de la procédure orale²⁶⁹. Or, l'oralité de la procédure est généralement celle du contentieux du droit de la consommation car c'est le juge d'instance qui est compétent. L'oralité est adaptée aux litiges du droit de la consommation mais pas forcément au regard de la protection des consommateurs : l'oralité facilite le débat et accélère la procédure ; elle permet aussi aux consommateurs de se présenter sans représentation obligatoire par un avocat ; or, de cette oralité découle la présomption du contradictoire ; s'il a été méconnu, le consommateur devra prouver le contraire et les preuves sont difficiles à apporter²⁷⁰.

²⁶⁷ Cass, soc. 30 avril 1997, n° 94-40.192, Inédit ; Cass, 2^e civ. 6 mars 2003, n° 02-60.835, Bull. civ. 2003 II, n° 54 p. 47 ; Cass, 2^e civ. 5 février 2009, n° 07-20.989, Inédit.

²⁶⁸ Cass, 1^{re} civ. 21 mai 1996, n° 94-04.181, Inédit ; Cass, soc. 6 juillet 2011, n° 09-72.912, Inédit ; Cass, 2^e civ. 19 mai 2005, n° 03-15.608, Bull. civ. 2005 II, n° 127, p. 115.

²⁶⁹ C'est même un principe constitutionnel dans le droit Américain.

²⁷⁰ Cass, 2^e civ. 13 oct. 1977, Bull. civ. II, n° 198 ; Cass, soc. 22 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 36 (preuves contraire).

B. Un respect du principe par le juge

Le contradictoire ne doit pas seulement être respecté par les parties, il doit l'être aussi par le juge, tant à l'égard de l'exercice de son office (1), qu'à l'égard de l'exercice du relevé d'office (2).

1° Le contradictoire imposé à l'office du juge

La rédaction de l'article 16 du Code de procédure civile démontre que le législateur n'a pas seulement souhaité que le principe du contradictoire soit respecté entre les parties, mais qu'il le soit aussi par le juge à l'égard des parties.

85. Article 16, alinéa 1^{er} du CPC. – « Le juge doit, en toutes circonstances [...], observer lui-même le principe de la contradiction ». Désormais, le juge doit supporter la limite que pose maintenant de façon claire le principe du contradictoire à son encontre et qui vient relativiser le principe voulant que le droit appartienne au juge (une limite que l'on retrouve à l'identique à l'encontre de l'ensemble des juridictions²⁷¹ sauf exception²⁷²). Cette règle établie vient renforcer le principe fondamental du procès équitable, et remet le juge dans une place moins dominante, tranchant avec celle des premiers juges qui faisaient figure de dieux omnipotents. Et c'est justement en prenant en considération la nature humaine des juges et la possibilité qu'eux-mêmes puissent faire des erreurs de jugement, que la nécessité de pouvoir discuter des moyens de fait ou de droit relevés par eux s'impose.

²⁷¹ Art. R. 611-7 Code de justice administrative ; Le principe a été rappelé pour le juge pénal par la Cour européenne au regard du procès équitable : CEDH, 17 janvier 2006, n°76093/01, *Barbier contre France* ; Cass, crim., 8 janvier 2013, n° 12-81.045 : « Vu les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale, ensemble l'article 8 du même code ; Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que la chambre de l'instruction ne peut prononcer d'office la prescription de l'action publique sans avoir permis aux parties d'en débattre ; » Cette dernière solution élève donc le principe du contradictoire à la hauteur de la Convention européenne des droits de l'Homme dont elle fait résulter le principe de la contradiction ; Soc., 22 octobre 1975, n° 74-12.090, Bull. civ. 1975 V, n° 479 p. 409. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait cassé l'arrêt rendu par les juges du fond qui avaient relevé d'office un moyen de droit qui ne pouvait pourtant pas trouver à s'appliquer au regard des faits (en l'espèce il s'agissait de l'application d'une loi intervenue postérieurement à l'objet du litige).

²⁷² Les juridictions spécialisées sont exclues du principe : CE, 28 février 1996, n° 145062, Recueil Lebon 1115, *Kola Olang Nghoie* : « [...] aucune disposition législative ou réglementaire applicable à la procédure devant la Commission des recours des réfugiés, ni aucun principe général du droit et notamment pas celui tiré du caractère contradictoire de la procédure, n'impose à la commission d'informer les parties que sa décision est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office » ; CE, 18 février 2004, n° 250707, Recueil Lebon 754, *Quinty* : « [...] aucune disposition législative ou réglementaire applicable à la procédure devant la commission centrale d'aide sociale, ni aucun principe général du droit et, notamment, pas celui tiré du caractère contradictoire de la procédure, n'impose à la commission de faire savoir aux parties que sa décision est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office ».

86. Article 16, alinéa 2 du CPC. – Le juge est « contrôlé » par le regard des parties et leur faculté de se défendre contre ce que le juge aurait pu considérer, à tort, comme juste par rapport aux faits et/ou au droit. Si le juge a fait respecter le principe du contradictoire entre les parties, il ne peut, de son côté, fonder sa décision sur des éléments non débattus. Seuls ceux ayant été discuté seront retenus par lui, faute de quoi, le juge enlève toute son utilité au second alinéa.

Conformément aux deux premiers alinéas, le juge ne peut donc prendre aucune décision fondée sur des éléments produits par les parties mais « non invoqués » par elles sans les soumettre à la contradiction et sur lesquels elles n'auraient donc pas pu s'expliquer²⁷³.

87. Article 17 du CPC, le contradictoire *a posteriori*. – L'article 17 qui lui emboîte le pas prévoit, quant à lui, que le contradictoire pourra même être assuré postérieurement à l'ordonnance par le juge d'une mesure prise à l'insu d'une partie. Celle-ci pourra exercer un recours contre la décision prise par le juge suite à cette mesure si elle lui est défavorable²⁷⁴. Cette disposition permet d'assurer l'effectivité du contradictoire qui peut parfois être méconnu dans des circonstances particulières (comme le défaut de comparution d'une des parties par exemple) tout en gagnant du temps sur la durée du procès : « Le contradictoire est en effet dévoreur d'un temps dont il faut faire l'économie [...]. Cette technique du contentieux inversé produit un rendement qui séduit beaucoup [...] »²⁷⁵.

88. Article 444 du CPC. – « Le président peut ordonner la réouverture des débats. Il doit le faire chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés.

En cas de changement survenu dans la composition de la juridiction, il y a lieu de reprendre les débats ». Un autre exemple de « rectification » du contradictoire en cours de route.

Parallèlement, à travers le premier et le troisième alinéa du même article, le juge est lui aussi soumis au principe du contradictoire.

²⁷³ Cass, 1^{re} civ. 10 juillet 1995, n° 92-19.378, Bull. civ. 1995 I, n° 314, p. 218 ; Cass, 3^e civ. 11 mai 2000, n° 98-18.581, Bull. civ. 2000 III, n° 105, p. 71 ; Cass, 2^e civ. 3 juin 2010, n° 09-66.267, Inédit (solution prise *a contrario*).

²⁷⁴ Article 17 du Code de procédure civile : « Lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ».

²⁷⁵ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF, Thémis, 2010, p. 651, *précité*.

2° Le contradictoire imposé au relevé d'office du juge

Le principe du contradictoire s'applique lorsqu'est mis en jeu le relevé d'office du juge en vertu de l'article 16, alinéa 3 : qu'il s'agisse de moyens de droit (a) ou de procédure (b), le juge doit respecter le principe du contradictoire lorsqu'il relève d'office ces moyens.

a) Les moyens de droit et l'article 16, alinéa 3

« Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. ». Le juge doit soumettre à discussion les moyens qu'il aurait lui-même soulevé²⁷⁶.

Le respect du contradictoire s'impose donc au juge dans certains domaines dans lesquels le relevé d'office du juge résulte du troisième alinéa de l'article 16. Il en est ainsi de celui des tutelles²⁷⁷, du contentieux électoral²⁷⁸, des taxes²⁷⁹, et de la concurrence²⁸⁰.

89. Article 1015 du CPC. – L'article 1015 relève des dispositions particulières à la Cour de cassation. Au regard de la réglementation du relevé d'office du juge lors de la procédure devant la Cour de cassation, c'est l'article 1015 du Code de procédure civile²⁸¹ qui prévoit que le respect du contradictoire s'applique au juge lorsqu'il relève d'office un moyen²⁸².

Le relevé d'office du juge peut aussi viser des moyens de procédure, ce qui n'occulte pas le respect du principe du contradictoire.

²⁷⁶ Cass, com., 7 janvier 2014, n° 12-27191, Inédit; Cass, 2^e civ. 16 janvier 2014, n° 12-25855, Inédit ; Cass, 2^e civ. 23 janvier 2014, n° 12-29.249, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 29 janvier 2014, n° 12-28.088, Inédit; Cass, 1^{re} civ. 10 septembre 2014, n° 13-11.611, Inédit.

²⁷⁷ Cass, 3^e civ. 8 septembre 2010, n° 09-13.345, Bull. civ. 2010, III, n° 153.

²⁷⁸ Cass, 2^e civ. 11 avril 2002, n° 02-60.271, 02-60.283 et 02-60.305, Bull. civ. 2002 II, n° 74, p. 61.

²⁷⁹ Cass, 2^e civ. 7 mai 2003, n° 99-21.345, Bull. civ. 2003 II, n° 137, p. 118.

²⁸⁰ Cass, com., 13 juillet 2010, n° 09-67.439, Bull. com. 2010, IV, n° 126.

²⁸¹ Article 1015 du Code de procédure civile, *précité* : « Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné ».

²⁸² Cass, 2^e civ. 16 mai 2012, 11-11.998, Bull. civ. 2012, II, n° 90 ; Cass, 2^e civ. 5 juin 2014, n° 13-16982, Inédit : « Sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile ».

b) les moyens de procédure et l'article 16, alinéa 3

Nous avons vu que certains moyens de procédures présentent la particularité de devoir être obligatoirement relevés d'office par le juge²⁸³. Ils n'échappent pas pour autant au principe du contradictoire. On trouve une combinaison du principe du contradictoire tel qu'il est prévu par l'article 16 du CPC avec les dispositions du même code qui réglementent le relevé d'office du juge dans des cas bien précis. Les articles 120, et 125, qui constituent des moyens de défense en sont les illustrations.

90. Article 120 du CPC. – Le principe de la contradiction est d'autant plus impérieux qu'il doit être respecté par le juge même lorsque ce dernier ne fait que répondre à une exigence²⁸⁴ ou une invitation²⁸⁵ du Code de procédure civile en relevant d'office une exception de nullité.

91. Article 125 du CPC. – C'est encore le cas lorsque le juge relève d'office une fin de non-recevoir à caractère d'ordre public tel que le lui commande l'article 125 du code²⁸⁶. Même s'il s'agit ici d'une disposition d'ordre public devant être relevé d'office par le juge, ce dernier doit aussi respecter le contradictoire²⁸⁷. La rédaction de l'article 125 du CPC suppose que le juge bénéficie aussi d'une simple faculté de relever d'office des fins de non-recevoir qui ne seraient pas d'ordre public, mais cela ne fait pas de différence pour la jurisprudence en ce qui concerne le respect de la contradiction qui doit toujours être observée, que le moyen soit d'ordre public ou non²⁸⁸, d'une manière générale²⁸⁹. L'ancienne jurisprudence de la Cour qui permettait de se dispenser du respect de la contradiction n'a plus lieu d'être depuis la

²⁸³ Cf note 38.

²⁸⁴ Cass, 1^{re} civ. 23 mai 2006, n° 05-14.860, Bull. civ. 2006 I, n° 261 p. 228 (inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure).

²⁸⁵ Cass, 1^{re} civ. 5 mars 2014, n° 13-14.701, Inédit (sur le défaut de capacité d'ester en justice).

²⁸⁶ L'article 125, alinéa 1^{er} du CPC *précité* : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

²⁸⁷ Ch. Mixte, 10 juillet 1981, n° 77-10.745, Bull. civ. 1981, n° 6 ; Cass, 2^e civ. 28 octobre 1987, n° 86-11.877, Bull. civ. 1987 II, n° 213, p. 119, S.A. *Dreyfus* ; obs. *JCP G*, 26 octobre 1988, n° 43, II 21088 ; Cass, com. 3 novembre 2009, n° 08-16.296 Inédit ; Cass, 2^e civ. 16 décembre 2010, n° 09-16.846, Inédit ; Cass, 2^e civ. 21 février 2013, n°11-27.051 : « Vu l'article 16 du code de procédure civile ; Attendu que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; [...] Qu'en statuant ainsi, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur cette fin de non-recevoir relevée d'office, le juge de l'exécution a violé le texte susvisé ».

²⁸⁸ Cass, 1^{re} civ. 23 mai 2006, n° 05-14.861, Inédit : « [...] le premier président, qui a ainsi relevé d'office et sans la soumettre à un débat contradictoire une exception de nullité non fondée sur l'inobservation de règles de fond relative aux actes de la procédure présentant un caractère d'ordre public, a violé les textes susvisés ».

²⁸⁹ Cass, 1^{re} civ. 6 décembre 2005, n°01-13.447, Bull. civ. 2005 I, n° 465, p.392.

réforme du Code de procédure civile²⁹⁰. Cette indifférence quant à la nature du moyen au regard du respect du principe de la contradiction est similaire à la procédure pénale²⁹¹.

Ces éléments ne posent pas de difficultés particulières quant au respect du contradictoire par le juge lorsqu'il exerce son office. Mais au-delà des cas particuliers qui viennent d'être évoqués, on trouve aussi la possibilité du relevé d'office du juge de manière plus générale au sein du troisième alinéa du texte lui-même. À l'image de la controverse nourrie par la rédaction de l'ancien article 12, alinéa 3²⁹², le champ d'application du troisième alinéa de l'article 16 va poser des difficultés lorsqu'il est laissé à la libre interprétation des juges qui l'appliquent. Cette interprétation, qui n'aura pas lieu d'être lorsque ce relevé d'office sera réglementé par d'autres dispositions issues du Code de procédure civile, s'imposera largement lorsque le relevé d'office du juge ne s'exercera qu'à la lumière de cet alinéa.

92. L'alinéa 3 ou « la boîte de Pandore ». – Dès lors, si l'office du juge se trouve limité au sens où il est conditionné par le principe du contradictoire, le législateur, en précisant la portée de ce principe, a permis de lui assortir des exceptions, permettant alors au juge de dépasser, dans certaines conditions, ces limites posées à l'étendue de son office. En combinant dans une même phrase le relevé d'office et le principe du contradictoire, le législateur a pris le risque d'interprétations multiples. Confrontée à une véritable « boîte de Pandore », la jurisprudence ne pourra pas s'empêcher de procéder à une interprétation du troisième alinéa de l'article 16 qui présentera la particularité d'être aussi le moyen d'échapper au principe du contradictoire.

II. Exception au principe du contradictoire

La rédaction finalement donnée à l'article 16 du CPC se voulait l'épilogue des incertitudes et des interprétations hasardeuses dues à l'instabilité des principes directeurs dont l'ancien alinéa 3 de l'article 12 était la cause. Mais si la doctrine s'accorde à dire qu'aujourd'hui les hésitations et errements tant jurisprudentiels que doctrinaux n'ont plus lieu

²⁹⁰ Cass, 2^e civ. 31 janvier 1980, n° 77-13.908, Inédit, *précité*.

²⁹¹ La chambre criminelle de la Cour abandonne sa jurisprudence qui tendait à distinguer selon la nature du moyen pour respecter ou non le principe (Cass, crim. 4 novembre 1969, Bull. crim. n° 280 ; Cass, crim. 25 mai 2004, Bull. crim. n°135) par un arrêt du 3 mai 2007, Bull. crim., n°116.

²⁹² Cf. : p. 50.

d'être, des interprétations sont encore possibles pour permettre au juge de « contourner » le respect du contradictoire.

93. Comme tout principe, et bien qu'il soit fondamental, l'exigence du contradictoire souffre d'exceptions multiples pour le relevé d'office des moyens de droit²⁹³. Ces dernières sont tirées des articles 7, alinéa 2, 12 et 16 alinéa 3 du CPC, utilisés par la jurisprudence comme des outils d'exception au principe du contradictoire. En réalité, ce sont surtout des éléments permettant une forme de présomption du contradictoire²⁹⁴.

Enfin, le juge n'a pas à respecter le principe du contradictoire dans des cas particuliers d'exceptions au principe du contradictoire et sur lequel un très court développement sera effectué. Dans toutes ces hypothèses, et bien que l'article 16 du Code de procédure civile ne laisse plus aucun doute quant à l'obligation pour le juge de s'astreindre au principe du contradictoire lorsqu'il relève d'office un moyen de droit, le juge n'est pas toujours obligé de provoquer les discussions sur les moyens relevés par lui dès lors que le juge ne fait preuve d'aucune « nouveauté ». C'est le critère de la nouveauté qui va déterminer le destin des moyens relevés par le juge ou les parties à l'égard du contradictoire. Cette nouveauté sera l'élément central de l'analyse : c'est elle qui ouvrira les exceptions au principe pour les moyens relevés par les parties (A) et ceux relevés d'office par le juge (B).

A. L'exception du principe aux moyens relevés par les parties

Une certaine exception pourra être apportée au principe du contradictoire. Concernant les moyens ayant été formulés par les parties, l'exception découlera des critères du moyen « dans la cause ou le débat » (1), ou du moyen « invoqué » (2). Les termes employés par le législateur ont leur importance, et la jurisprudence n'hésitera pas à s'en servir pour interpréter les dispositions du Code de procédure civile.

1° Le critère du moyen « dans la cause ou le débat »

94. Article 16, alinéa 3 du CPC. – Pris *a contrario*, le troisième alinéa de l'article 16 du CPC permettrait au juge de « fonder sa décision » sur des moyens de droit qui n'auraient pas été relevés d'office, « sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs

²⁹³ Sera mis de côté les cas particuliers d'exclusion du contradictoire pour des raisons pratiques de bonne administration de la justice et qui ne présentent pas de « dangers » quant au respect des droits de la défense (il en va ainsi par exemple des mesures d'administration judiciaire).

²⁹⁴ Sur la présomption du contradictoire v. note 82 s.

observations ». En effet, si ce n'est pas le juge qui a relevé d'office les moyens de droit en question alors cela signifie que ce sont les parties qui les ont soulevés, et qui les ont donc nécessairement débattus entre elles. Ainsi, en faisant usage du terme « d'office », le législateur a laissé entendre qu'il ne visait que les moyens nouveaux car le juge ne peut relever « d'office » un moyen qui aurait déjà été relevé par les parties ; dans ce cas-là il ne fait que prendre en compte le moyen produit et invoqué par les parties pour trancher le litige. De manière générale, si les parties ont pu avoir connaissance du moyen relevé par le juge, ce dernier n'agirait plus dans le cadre de son pouvoir de relevé d'office et l'article 16 alinéa 3, attaché à ce pouvoir, n'aurait pas vocation à s'appliquer. A partir de là, la jurisprudence va se servir de la notion de « moyen déjà dans la cause » ou « dans le débat » pour se soustraire au principe du contradictoire en ce sens.

95. L'exception du « vieux » moyen. – En effet, l'article 16, alinéa 3 du CPC permettrait au juge de ne pas soumettre à discussion un moyen qu'il aurait soulevé et qui ne serait pas nouveau, c'est-à-dire qui se trouverait déjà dans la cause et/ou le débat. En effet, si le moyen, de droit ou de fait, était déjà dans le débat il est présumé avoir été débattu entre les parties. Cette exception qui s'ouvre tant pour les moyens de droit que de fait apparaît avant la réforme dès les années cinquante²⁹⁵.

Dès lors, ce contournement de l'article 16 du CPC se répand au sein de la jurisprudence au regard des moyens qui se trouvaient déjà « dans la cause »²⁹⁶, ou déjà « dans le débat »²⁹⁷, pour reprendre les termes utilisés par le juge dans ses décisions, jugeant qu'alors les parties auraient dû avoir connaissance du moyen de droit ou de fait en question. Elle considère parfois même dans ces cas-là, qu'il ne s'agirait pas d'un relevé d'office au sens de l'article 16, alinéa 3 du CPC, excluant ainsi l'application de ce texte²⁹⁸.

²⁹⁵ Cass, 1^{re} civ. 31 janvier 1956, Bull. civ. 1956 I, n° 51 : « le moyen retenu par (le juge) était dans la cause et pouvait servir de base à sa décision sans que les droits de la défense aient été violés ».

²⁹⁶ Cass, 2^e civ. 18 mars 1975, n° 74-10.455, Bull. civ. 1975 II, n° 96, p. 80 ; Cass, 1^{re} civ. 23 mai 1977, n° 76-10.156, Bull. civ. 1977 I, n° 246, p. 193 ; Cass, 1^{re} civ. 8 octobre 1980, n° 79-12.728, Bull. civ. 1980 I, n° 250 ; Cass, 1^{re} civ. 20 janvier 1981, n° 79-10.638, Bull. civ. 1981 I, n° 23.

²⁹⁷ Cass, 1^{re} civ. 23 mai 1977, n° 76-10156, Bull. civ. I, n° 246, p. 193 ; Cass, 3^e civ. 10 oct. 1979, n°77-15.737, Bull. civ. 1979, III, n° 175 ; Cass, 3^e civ. 3 mars 1981, n° 79-16.684, Bull. civ. 1981 III, n° 44 ; Cass, soc. 19 décembre 1983, n° 81-41.543, Bull. civ. 1983 V, n° 629 ; Cass, com. 26 juin 1984, n° 82-16.707, Bull. civ. 1984 IV, n° 205 ; Cass, 3^e civ. 28 janv. 1987, n° 85-12.634, Bull. civ. 1987 III, n° 13, p.8 ; Cass, 3^e civ. 10 mai 1989, n° 87-16.761, Bull. civ. 1989 III, n°107, p. 59 ; Cass, 3^e civ. 2 juillet 2013, n° 12-15.605, Inédit.

²⁹⁸ Cass, 3^e civ. 25 janvier 1984, n° 82-16.045, Bull. civ. III, n° 20 : « [...] Qu'ainsi la question de l'application de l'article 1341 du Code civil était nécessairement dans la cause ; Que, dès lors, la Cour d'appel, qui n'a pas excédé les termes du litige, n'a pas relevé d'office le moyen tiré de l'application des règles de la preuve [...] » ; D. éd. Sirey 1985, 11^e cahier, p. 117, note J. HÉRON (arrêt largement critiqué) ; Cass, com. 28 mai 2002, n° 99-14.672, Inédit : « [...] que le moyen était donc dans le débat et n'a pas été relevé d'office par la cour d'appel [...] ».

96. Par quel procédé le moyen se retrouve-t-il dans le débat ? La question présente un intérêt certain au regard du principe du contradictoire, et la frontière semble mince entre les moyens des parties et ceux relevés d'office par le juge. Pour que le moyen soit considéré comme étant « dans le débat », il est nécessaire que les parties l'y aient amené. Avec la notion de « nouveauté » la Cour de cassation se saisie de la sous distinction opérée par le second alinéa de l'article 16, entre les moyens simplement « produits » et ceux « invoqués » par les parties au soutien de leurs prétentions. Le principe du contradictoire oscillera entre ces notions, qui détermineront si le moyen est bien dans le débat ou non.

2° Le critère du moyen « invoqué »

Alors que le second alinéa de l'article 16 ne fait pas de différence, la Cour dispensera le juge du respect du contradictoire pour les moyens relevés d'office mais déjà invoqués par les parties ; à l'inverse, elle sera plus sévère sur ce principe lorsqu'elle imposera au juge de le respecter pour les moyens relevés d'office ayant été seulement produits par les parties.

97. **Le moyen « produit » est débattu.** – Dans un arrêt rendu le 20 mai 1981²⁹⁹, le juge décide que le principe du contradictoire n'a pas été méconnu par le juge dès lors que le moyen relevé d'office par lui a déjà été contradictoirement débattu. Cette décision, qui semble logique, vient surtout préciser que le moyen « produit » par les parties, a été contradictoirement débattu, laissant penser qu'une simple production de l'acte sans discussion ne suffit pas pour libérer le juge du principe du contradictoire. L'initiative de la requalification n'échappe plus au contradictoire que dans le cas où la requalification repose sur des faits que les parties ont spécialement invoqués, puisque cela suppose qu'elles les ont discutés entre elles. En effet, si le juge s'appuie sur des faits simplement produits, ces derniers seront considérés comme étant des éléments nouveaux et devront donc être soumis à la contradiction.

Ce raisonnement a amené le juge à décider que le principe de la contradiction n'avait pas à s'appliquer dès lors que le moyen n'était pas « nouveau ». En ce sens, le juge peut donc

²⁹⁹ Cass, 1^{re} civ. 20 mai 1981, n° 80-10.507, Bull. civ. 1981 I, n° 174 : « [...] Que la Cour d'appel n'a modifié ni l'objet du litige, ni les prétentions respectives des parties, pas plus qu'elle n'a violé le principe de la contradiction, en recherchant la portée de l'acte litigieux qui lui était produit par les consorts A... et dont il avait été contradictoirement débattu, ainsi qu'en lui restituant son exacte qualification et en appliquant les règles de droit résultant de cette qualification [...] ».

vérifier librement que les conditions d'application de la règle invoquée sont absentes ou réunies, sans avoir à respecter le principe du contradictoire³⁰⁰. Cette connaissance du moyen relevé d'office est jugée acquise, même si les parties ne l'avaient pas spécialement invoqué³⁰¹.

98. Le contradictoire par « procuration ». – Dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 12 février 1992³⁰², il avait été décidé que le moyen relevé d'office par le juge était dans le débat alors même qu'il résultait de faits ou actes qui n'avaient pas été produits ni invoqués par les parties. En l'espèce, la cour d'appel avait pris en compte « l'absence de production » d'une pièce sans provoquer de débat contradictoire sur cette pièce. Néanmoins, elle se justifie en déclarant : « Mais attendu qu'en retenant qu'une pièce visée dans une lettre versée aux débats n'était pas produite, la cour d'appel, qui, non tenue de donner injonction aux parties de la communiquer, a pu prendre en considération un élément du débat que les parties n'avaient pas spécialement invoqué au soutien de leur prétention, n'a pas violé le principe de la contradiction ». La Cour va ici plus loin encore en décidant que même si la pièce retenue par le juge n'a pas été produite ni invoquée, il suffit qu'elle ait été visée dans un acte qui lui, a été produit par les parties. Cette simple référence à la pièce en question la fait alors entrer dans « les éléments du débat ».

99. L'article 7, alinéa 2 du CPC. – C'est une interprétation de l'article 7 du Code, et notamment de son second alinéa qui a permis au juge la prise en compte de faits versés au débat mais non spécialement invoqués par les parties. Elle considère avoir respecté le contradictoire en ce que cet acte avait été visé dans un document qui, lui, avait été versé aux débats. L'acte visé dans ce document était donc supposé avoir été débattu contradictoirement. Et peu importe qu'il n'ait pas été invoqué par les parties puisque le second alinéa de l'article 7 lui permet de prendre en compte de tels faits³⁰³. Cette interprétation du texte faisait, dans le même temps, tomber le moyen produit par les parties qui avaient reproché aux juges d'avoir violé l'article 4 du même code par une méconnaissance des termes du litige, puisque les prétentions des parties étaient fondées sur le document versé au débat.

³⁰⁰ Cass, 3^e civ. 18 mars 1975, n° 73-14524, Bull. civ. 1975 III, n° 112, p. 84 ; Cass, 1^{re} civ. 17 mars 1987, n° 85-13.345, n° 98 p. 74 ; Cass, 2^e civ 17 novembre 2005, n° 297, p. 263 ; Cass, com. 1^{er} juin 2010, n° 09-15.229, Inédit.

³⁰¹ Cass, 2^e civ. 3 octobre 1990, n° 89-15.662, Inédit.

³⁰² Cass, 2^e civ. 12 février 1992, n° 90-17.719, Bull. civ. 1992 II, n° 47, p. 23.

³⁰³ Cf. note 124 s.

100. C'est ce raisonnement qui place le cas particulier des faits « adventices » sur le terrain des exceptions au principe de la contradiction, puisqu'ils sont par nature, issus des « éléments du débat » et ne sont donc pas « nouveaux »³⁰⁴. L'exigence du contradictoire, en ce qui concerne les faits adventices, est donc faible mais pas totalement nulle puisque la jurisprudence, si elle ne soumet pas ces moyens relevés d'office par le juge au principe du contradictoire, impose qu'ils aient au moins été connus des parties au moyen de la production de pièces en rapport avec ces éléments³⁰⁵. Il n'est donc pas besoin, pour les faits adventices, que le moyen relevé résulte de faits et/ou actes spécifiquement invoqués par les parties, mais plutôt de faits et/ou actes produits devant le juge.

101. Critiques doctrinales vaines. – Le souhait d'un abandon de cette jurisprudence, critiquée par la doctrine, et condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme³⁰⁶, n'est toujours pas exaucé. Récemment encore, dans un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 19 décembre 2012³⁰⁷ le juge avait conclu, au visa de l'article 16 du Code de procédure civile : « qu'en retenant d'office ce moyen qui n'était pas dans le débat, sans inviter les parties à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Dans cette solution, le juge vient conforter l'interprétation faite de l'article 16 en déclarant que le juge ne peut, en vertu de ce texte, relever d'office un moyen absent des débats sans le soumettre au contradictoire.

Prenant le problème en sens inverse, un arrêt de la chambre commerciale du 23 avril 2013³⁰⁸ déclarait : « Mais attendu, d'une part, que la banque ayant soulevé l'irrecevabilité des demandes de M. et Mme X..., faute pour ces derniers de justifier d'un préjudice personnel distinct, la cour d'appel, dès lors que ce moyen était dans le débat, n'avait pas à inviter les parties à présenter leurs observations ». La Cour n'exige toujours pas de contradictoire pour les moyens relevés d'office qui seraient déjà dans le débat, et rien n'indique qu'elle changera d'avis.

Si le juge a pu instrumentaliser les deux premiers alinéas de l'article 12 du CPC de manière à ce qu'il puisse être « dispensé » de soumettre à la discussion des parties un moyen qui ne serait pas considéré comme ayant été « relevé d'office » tel que l'article 16 du C.P.C.

³⁰⁴ Cass, soc., 17 janvier 2002, n° 99-20.750, Bull. civ. 2002 V, n° 21, p. 17

³⁰⁵ Cass, 2^e civ. 7 janvier 1976, n° 74-12.083, Bull. civ. 1976 II, n° 7, p. 6 ; Cass, 3^e civ. 30 novembre 1976, n° 75-13196, Bull. civ. 1976 III, n° 434, p. 329 ; Cass, 1^{re} civ. 11 janvier 1978, n° 76-13.780, Bull. civ. 1978 I, n° 16, p. 14.

³⁰⁶ CEDH, 13 octobre 2005, *Clinique des Acacias et a. c/ France*, JCP G 2006, I, 109, n° 6 : La Cour de cassation avait ici soulevé, une fois encore, un moyen de « pur droit » sans le soumettre à la discussion des parties au visa de l'article 16, alinéa 3, du Code de procédure civile, *a contrario*.

³⁰⁷ Cass, 1^{re} civ. 19 décembre 2012, n° 11-25.264, Bull. civ. 2012 I, n° 270.

³⁰⁸ Cass, com. 23 avril 2013, n° 12-18.113, Inédit.

le prévoit, il a aussi extrait de l'article 16 du C.P.C. lui-même un autre moyen de contourner le principe de la contradiction à l'occasion du relevé d'office par lui d'un moyen de droit.

B. L'exception du principe aux moyens relevés d'office par le juge

L'exception du principe aux moyens relevés d'office par le juge est issue de l'interprétation des textes (1) mais aussi de cas particuliers (2).

1° Une exception issue de l'interprétation des textes

Les critères de la nature du moyen (a) et du « relevé d'office » (b) servent tous deux l'exception au principe du contradictoire.

a) Le critère de la nature du moyen

*« Il ne peut fonder sa décision
sur les moyens de droit... ».*

Le texte prévoit que le contradictoire doit être assuré pour des moyens dits « de droit ». En déterminant le champ d'application du principe du contradictoire de la sorte, le troisième alinéa de l'article 16 ouvre le débat. La lecture de ce texte (α) laisse entrevoir une brèche dont se saisira la jurisprudence (β) pour appliquer le principe ou non.

α) La lecture du texte

Le premier alinéa de l'article 16 du CPC ne fait pas de distinction entre les moyens de droit ou de fait. Il serait donc logique d'affirmer que le juge ne puisse jamais rien retenir dans sa décision qui n'ait été auparavant soumis à la discussion des parties. Le relevé d'office des moyens de faits non invoqués par les parties ou celui des moyens de droit devraient donc subir le même régime...

102. La brèche du moyen « de droit » « relevé d'office ». – Néanmoins, la brèche présente au sein de l'article 16 du CPC est double : elle se forme à partir des termes « de droit » et « relevé d'office », utilisés au troisième alinéa qui mentionne, à la différence des

deux alinéas précédents, le cas du relevé d'office. En donnant une précision sur la portée du principe du contradictoire pour les moyens relevés d'office par le juge, le législateur ouvre-t-il la porte d'une exception ? Pris *a contrario*, le troisième alinéa de l'article 16 supposera que le juge puisse relever d'office un moyen de fait ou un moyen de « pur droit », sans respecter le principe du contradictoire. Pourtant, le premier alinéa de cet article demeure et impose au juge de toujours respecter ce principe. Dans ces conditions, une exception au principe ne semble pas possible.

Pourtant, c'est en se servant des termes même du texte et des brèches qu'il comporte que le juge parvient à échapper au principe du contradictoire. Les moyens « de droit » sont la cause principale de ces brèches.

β) L'état de la jurisprudence

Si la réception par la jurisprudence du principe du contradictoire après le décret de 1981 est, dans son ensemble, uniforme, et dans le sens du respect du principe du contradictoire, on observe une légère différence d'application du principe entre la chambre commerciale et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Car si la chambre commerciale ne prend parfois pas la peine de préciser la nature du moyen relevé d'office par le juge dans sa décision, la deuxième chambre civile s'attache à respecter le principe du contradictoire à l'occasion du relevé d'office de moyens dont elle précise qu'ils sont de droit³⁰⁹.

En effet, récemment, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendue le 27 novembre 2012³¹⁰ appliquera l'article 16 du CPC de façon générale, sans se référer à la nature du moyen en question. Elle mentionne les dispositions du troisième alinéa mais sans les retranscrire aussi fidèlement qu'ils n'apparaissent dans le Code de procédure

³⁰⁹ Cass, 2^e civ. 29 novembre 2001, n° 99-18.559, Bull. civ. 2001 II, n° 180, p. 124 ; Cass, 2^e civ. 7 mai 2003, n° 01-50.079, Bull. civ. 2003 II, n° 136, p. 117 ; Cass, 2^e civ. 6 juin 2013, n° 12-16.048 / 12-26.186 : « Vu l'article 16 du code de procédure civile ; Attendu que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

³¹⁰ Cass, com. 27 novembre 2012, n° 11-25.820, Inédit : « Vu l'article 16 du code de procédure civile ; Attendu que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen qu'elle relevait d'office, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

civile puisque la Cour ne reprend pas la notion de « moyen de droit » pour qualifier celui relevé d'office en l'espèce (qui était pourtant bien un moyen de droit).

En ne précisant pas la portée du troisième alinéa aux moyens de droit alors qu'elle aurait pu le faire ici, étant donné qu'il s'agissait d'un moyen de droit, la chambre commerciale se voudrait-elle plus rigoureuse quant au respect du principe du contradictoire que la chambre civile en lui donnant une portée plus générale ? Il n'est pas sûr que la Cour affiche ici une réelle position quant à la mise en jeu du principe qu'elle applique ici justement à un moyen de droit (une solution qu'elle reprend plus tard de la même manière³¹¹), d'autant plus que dans une solution rendue en 2007³¹², la chambre commerciale mentionne précisément qu'il s'agit d'un moyen de droit. Néanmoins, il est clair qu'en reprenant les dispositions du Code de procédure civile à l'identique, la chambre civile de la Cour de cassation affiche clairement son désir de ne pas étendre plus loin le principe du contradictoire.

b) Le critère du « relevé d'office »

« ...qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

A partir de cette formule, les alinéas 1 (α) et 2 (β) de l'article 12 du Code de procédure civile seront de véritables outils d'exception au principe du contradictoire. Leur interprétation au regard de l'article 16 du code sera le moyen pour le juge de contourner le principe pourtant formellement rappelé au premier alinéa de ce dernier.

α) L'exception tirée de l'article 12, alinéa 1^{er}

Il est admis que lorsque le juge doit préciser le fondement juridique d'une demande au sein d'un litige où les parties sont restées silencieuses (c'est-à-dire si elles n'ont pas proposé elle-même de fondement juridique à leur demande), ce dernier n'est pas obligé de respecter le principe du contradictoire. En effet, il n'y aurait alors aucune « nouveauté » dans les moyens relevés par le juge qui ne fait que trancher le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » en vertu de l'article 12, alinéa 1^{er}.

³¹¹ Cass, com. 22 janvier 2013, n° 11-26.862, Inédit ; Cass, com 28 mai 2013, n° 12-14.049, Bull. civ 2013, IV, n° 90.

³¹² Cass, com. 6 mars 2007, n° 05-18.351, Inédit.

103. Le fondement juridique d'exception au contradictoire. – En ce sens il avait été décidé, dans un arrêt rendu par la deuxième chambre le 19 novembre 1998³¹³ pris *a contrario*, qu'en l'absence de fondement juridique proposé par les parties au soutien de leurs prétentions, le juge pourra de lui-même soulever ce dernier sans avoir à respecter le principe du contradictoire. En d'autres termes, lorsque le juge n'effectue pas une substitution mais une application de la règle de droit par le biais de la détermination du fondement juridique de la demande sans provoquer de débat contradictoire, il ne lui sera pas reproché de ne pas avoir respecté l'article 16 du CPC.

La « nouveauté », que suppose l'expression « relevé d'office » présente au sein de l'article 16, alinéa 3 du CPC, est un critère d'importance pour la jurisprudence qui y est attachée. Cette importance peut donc avoir pour effet, à l'inverse, d'exiger du juge qu'il soumette le moyen à la discussion des parties dès lors qu'en donnant à une prétention son fondement juridique il s'est servi d'éléments de faits nouveaux³¹⁴.

L'article 56 du Code de procédure civile devrait pourtant, depuis son entrée en vigueur avec le décret n° 98- 1231 du 28 décembre 1998, limiter les arrêts de cassation de la sorte puisqu'il impose aux parties de présenter lors de l'assignation « l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit »³¹⁵. Une telle analyse de la jurisprudence ne devrait donc plus jamais se poser. Pourtant, si les parties ne sont plus silencieuses mais qu'elles se sont « trompées », une exception au contradictoire est encore possible.

β) L'exception tirée de l'article 12, alinéa 2

104. Le critère de la requalification. – Si le juge ne fait que procéder à son devoir de qualification tel que le prévoit l'article 12, alinéa 2, il ne relève pas d'office un moyen de droit devant être discuté par les parties au sens de l'article 16, alinéa 3 du Code de procédure civile. En effet, si le troisième alinéa de l'article 16 du CPC précise que « [le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations », l'article 12, alinéa 2 du même code est ainsi

³¹³ Cass, 2^e civ. 19 novembre 1998, n° 97-11.440, Bull. civ. 1998 II, n° 278, p. 167.

³¹⁴ Cass, 1^{re} civ. 15 janvier 1980, n° 78-11.833, Bull. civ. 1980 I, n° 27 pris *a contrario*.

³¹⁵ Article 56 du Code de procédure civile (modifié par décret n°2012-66 du 20 janvier 2012) : « L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice : [...] L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ».

rédigé : « Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». C'est donc par le jeu de l'interdépendance de ces deux textes que le juge décide que lorsqu'il qualifie les faits et actes litigieux il ne fait qu'appliquer la loi et non pas relever d'office des moyens de droits que les parties n'avaient pas déjà elles-mêmes soulevé³¹⁶.

Le juge considère alors que lorsqu'il ne fait qu'effectuer son devoir de requalification prévu à l'article 12, alinéa 2, il n'a pas à observer le principe du contradictoire³¹⁷, le tout étant de ne pas faire une interprétation nouvelle des faits litigieux³¹⁸. Les faits ayant déjà été soumis à discussion pour la première qualification faite par les parties, l'exception au principe du contradictoire est ici relative et facile à concevoir.

2° Une exception issue de cas particuliers

Certains cas particuliers font encore exception au principe de la contradiction dès lors que le juge est contraint de relever d'office un moyen tiré d'une violation des droits de la défense (a), mais encore lorsqu'il dispose de pouvoirs spéciaux (b) le dispensant d'observer le principe du contradictoire.

³¹⁶ Cass, 2^e civ. 11 février 1981, n° 79-14.612, Bull. civ. 1981 II, n° 30: « Mais attendu que la Cour d'appel, saisie comme le Tribunal par Dame G, de conclusions tendant, sans qu'aucun texte ne fut invoqué, à la condamnation de son mari à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel et moral que celui-ci avait causé dans le passé par son abandon du domicile conjugal et que lui causait maintenant le divorce, a pu, en application de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile et sans violer les droits de la défense, fonder sa condamnation sur l'article 1382 du Code civil pour les dommages causés au cours du mariage, après avoir écarté l'application de l'article 266 dudit code pour la réparation du préjudice résultant du divorce [...] » ; Cass, 3^e civ. 28 mai 1986 n° 85-11.402, Bull. civ. 1986 III, n° 82, p. 63: « Mais attendu qu'ayant relevé que M. X... ne précisait pas le fondement de son action, les juges du fond, tenus de trancher le litige conformément aux règles de droit qui leur étaient applicables, n'ont relevé aucun moyen d'office en donnant à leur décision le fondement juridique qui découlait des faits allégués, sans modifier l'objet du litige » ; Cass, 2^e civ. 23 octobre 1991, n° 90-14.583, Bull. civ. 1991 II, n° 280, p. 146: « Mais attendu que Mme X... n'ayant pas précisé le fondement de sa demande en indemnité provisionnelle aux fins d'exécution de travaux urgents, la cour d'appel n'a donc relevé aucun moyen d'office en tranchant le litige conformément à la règle de droit qui lui était applicable ».

³¹⁷ Cass, 1^{re} civ. 22 juin 1982, n°81-13.655, Bull. civ. 1982 I, n° 233 (cet arrêt vient en confirmation de l'arrêt rendu le 7 juillet 1981 par la chambre civile de la Cour sous-cité).

³¹⁸ Cass, 1^{re} civ. 7 juillet 1981, n° 80-14.533, Bull. civ. 1981 I, n° 250 : « Attendu ensuite qu'en statuant ainsi, la juridiction du second degré n'a fait que donner son exacte qualification à l'acte litigieux, par application de la règle de droit, laquelle, dans les circonstances de la cause, ne trouvait son assise matérielle dans aucun fait qui ait à être réexaminé et apprécié de façon nouvelle, de sorte que la juridiction n'était pas tenue de soumettre son initiative à la discussion des parties ; qu'ainsi, en aucune de ses branches le moyen n'est fondé ».

a) La violation des droits de la défense

105. L'exception de la violation des droits de la défense. – Le juge n'a pas à respecter le principe du contradictoire lorsqu'il relève d'office un moyen qui ne vise qu'à défendre les intérêts d'une partie privé de ses droits à la défense. Le juge peut donc, sans provoquer la discussion des parties, et sans toutefois méconnaître l'article 16 du CPC, relever d'office qu'une partie a violé les droits de la défense de la partie adverse en ne rendant ses conclusions que le jour de l'ordonnance de clôture³¹⁹, ou en ne le faisant que trop tardivement³²⁰, ou encore en ne le faisant qu'après l'ordonnance de clôture³²¹.

Cette exception au principe du contradictoire permet au juge d'assurer librement et efficacement le respect des droits de la défense mais permet, dans le même temps, de sanctionner une partie au procès peu scrupuleuse, tout en dissuadant de futurs plaideurs d'en faire de même.

Le cas de la violation des droits de la défense s'accompagne de celui des pouvoirs spéciaux du juge qui font aussi partie des cas particuliers d'exception au principe du contradictoire.

b) Les pouvoirs spéciaux du juge

106. L'exception « spéciale ». – Ces pouvoirs spéciaux qui dispensent le juge d'observer le principe du contradictoire consistent simplement à réserver au juge une marge de manœuvre plus importante dans des cas particuliers. C'est-à-dire qu'ils permettent d'alléger

³¹⁹ Cass, 2^e civ. 20 mars 1991, n° 89-20.210, Bull. civ. 1991 II, n° 92, p. 49 : « Mais attendu qu'ayant relevé que M. Y... n'avait, malgré injonction, conclu que le jour même de l'ordonnance de clôture et de l'audience des plaidoiries, privant ainsi M. X... de tout moyen de réplique, c'est sans méconnaître les textes visés au moyen que la cour d'appel a relevé d'office le moyen d'ordre public tiré de la violation des droits de la défense et, non tenue de révoquer l'ordonnance de clôture, a rejeté des débats les conclusions de M. Y... sans provoquer préalablement un débat contradictoire que la date même de leur dépôt rendait impossible ».

³²⁰ Cass, 3^e civ. 7 mai 1997, n° 93-15.372, Inédit : « Mais attendu qu'ayant relevé que M. X... avait attendu une date proche de celle de l'ordonnance de clôture pour se livrer à une critique détaillée du rapport de l'expert, que ses conclusions ne laissaient que trois jours ouvrables à l'entreprise Thibaux pour répliquer et que M. X..., dont les moyens étaient peu sérieux, avait causé un préjudice important à la société Thibaux, dont l'organisation avait été perturbée par les retards de paiements et les multiples procédures, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, a légalement justifié sa décision en retenant souverainement que les conclusions tardives de M. X... devaient être écartées des débats, et relevant que le préjudice subi par l'entrepreneur justifiait l'allocation de dommages-intérêts ».

³²¹ Cass, 2^e civ. 11 mars 1992, n° 90-19.699, Bull. civ. 1992 II, n° 80, p. 40 : « Mais attendu que le juge, qui relève d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité de conclusions déposées après l'ordonnance de clôture, n'a pas à inviter au préalable les parties à présenter leurs observations sur ce moyen ».

son office du principe de la contradiction en particulier en ce qui concerne le domaine purement procédural.

L'article 515 du Code de procédure civile par exemple, permet au juge de prononcer d'office l'exécution provisoire d'une décision lorsqu' il juge que cela est nécessaire³²². Ainsi revêtu d'un pouvoir discrétionnaire sur ce terrain qui lui appartient, il peut aussi prononcer une astreinte³²³ ou une amende civile³²⁴ sans soumettre ces décisions à la discussion des parties.

Hormis la dernière des exceptions qu'imposent certaines règles purement procédurales, il faut noter que la Cour a joué sur les mots pour continuer à se soustraire parfois au principe de la contradiction, comme cela lui était permis de 1975 à 1979. Pourtant, il ne semble pas que, dans la rédaction de l'article 16 du CPC, le législateur ait voulu ouvrir une telle porte de sortie, d'autant plus que cet article est né de la réforme de 1981 venue modifier le texte ancien qui permettait justement au juge de se soustraire au principe de la contradiction.

La procédure civile dans son ensemble, qu'elle soit issue des textes ou de l'interprétation qui lui sera donnée par la jurisprudence se présente à l'égard du juge comme une limitation de son office. La controverse de l'office du juge dont on a pu s'apercevoir de sa complexité au sein du principe du contradictoire sera bien plus édifiante au sein du principe dispositif. Le principe du contradictoire, même s'il présente quelques failles ne peut pas être dépassé par le juge dans l'exercice de son office, tandis que le principe dispositif est plus souple. La Cour confirme des arrêts rendus par des juges du fond qui avaient relevé d'office des moyens de droit, justifiant ses décisions par le respect des principes dispositifs.

³²² Cass, 2^e civ. 21 mars 1976, Bull. civ. 1976 II, n° 120.

³²³ D'autant plus que l'article L.131-1 alinéa 1^{er} du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que : « Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision » ; Cass, 2^e civ. 21 mars 1979, n° 77-15.052, Bull. civ. 1979 II, n°89.

³²⁴ Article 628 du Code de procédure civile : « Le demandeur en cassation qui succombe dans son pourvoi ou dont le pourvoi n'est pas admis peut, en cas de recours jugé abusif, être condamné à une amende civile [...] ».

§ 2. Le juge lié par le principe dispositif

« *Da mihi factum, dabo tibi jus* »³²⁵.

107. Le partage des tâches de MOTULSKY. – Bien avant que le Code de procédure civile ne définisse le rôle du juge et celui des parties dans le déroulement du procès civil, MOTULSKY en avait une vision précise ; elle consistait à établir un partage des tâches et à la fois une collaboration entre les acteurs du procès. Cette pensée, exprimée par l'adage « *da mihi factum, tibi dabo jus* » influença tant la procédure civile qu'elle fut reprise par le code en 1975 pour en devenir le fil directeur. La logique de MOTULSKY était simple et sans appel : le fait aux parties, et le droit au juge³²⁶. Les faits sont apportés par les parties et le juge s'y réfère pour trancher le litige en droit (avec la possibilité de les rechercher par le biais des mesures d'instruction). Mais cette logique doit être nuancée : d'abord parce qu'en théorie, la frontière est mince entre le fait et le droit, et ensuite parce qu'en pratique, elle est teintée d'une place non négligeable réservée au juge au regard des faits. Bien que les cloisons soient devenues plus minces, le principe accusatoire du procès est toujours dominant dans notre procédure civile³²⁷.

L'office du juge ne peut librement s'exercer sans se heurter à l'« office » des parties auxquelles le premier article du CPC réserve l'initiative de l'introduction de l'instance³²⁸. Celles-ci occupent une place importante dans le déroulement du procès dominé par le principe accusatoire : ce sont elles qui déterminent la matière litigieuse et qui fournissent au juge « [...] les matériaux de sa décision »³²⁹. Ce sont donc elles qui vont en fixer l'objet, mais aussi les éléments de fait, et de droit sur lesquels elles entendent baser le fondement juridique de leur(s) demande(s). Le principe dispositif doit être entendu plus spécifiquement comme englobant les prétentions des parties mais aussi les éléments de faits apportés dans le débat. Le juge est alors lié par le principe de l'immutabilité de l'objet du litige (I) mais aussi par la charge partagée de l'allégation des faits (II).

³²⁵ Adage latin qui signifie : « Donne-moi le fait, je te donnerai le droit ».

³²⁶ Pour un exposé de sa pensée : C. BLÉRY et L. RASCHEL, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Revue Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 4.

³²⁷ Il en est de même en droit espagnol : les procès civils sont régis par le principe dit « de *justicia rogada* », en vertu duquel le juge ne peut apprécier d'office les faits, les preuves et les prétentions que les parties n'ont pas soulevés.

³²⁸ Article 1^{er} du Code de procédure civile : « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi ».

³²⁹ G. WIEDERKEHR, « De la légitimité de la justice », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, *précité*, p. 492.

I. Le juge lié par l'immutabilité de l'objet du litige

Le principe de l'immutabilité de l'objet du litige vaut à la fois à l'égard des parties (A), mais aussi du juge (B).

A. Les parties et l'objet du litige

108. Définition. – L'objet du litige est réglementé au premier alinéa de l'article 4 du Code de procédure civile : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». Les parties, en apportant le litige devant le juge vont lui demander chacune de le régler afin d'en retirer une satisfaction financière ou factuelle qui leur semble due ; ce sont leurs prétentions qui forment l'objet du litige : « l'objet du litige est la « chose demandée » de l'article 1351 du Code civil, c'est-à-dire le résultat économique et social recherché par les parties, en pratique par le demandeur, les « fins » selon le terme utilisé par l'article 565 du Code de procédure civile »³³⁰. Mais ce « résultat économique et social » est formulé à la fois en demande et en défense³³¹.

109. L'immutabilité de l'objet du litige. – Ce principe s'exprime à l'égard des parties par le second alinéa du même article en vertu duquel les « [...] prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense ». L'immutabilité du litige, véritable « principe traditionnel »³³², signifie que « [...] les parties ne peuvent librement modifier l'objet du litige tout au long du procès, réduire ou accroître son cadre »³³³. A partir du moment où les parties ont introduit l'instance et qu'elles ont exprimés leurs moyens de défense, elles ne peuvent plus modifier l'objet du litige. Cette immutabilité souffre cependant de l'exception issue des demandes incidentes³³⁴, prévues aux articles 63 à 70 du CPC.

La disposition suivante vient réglementer l'office du juge au regard de l'objet du litige tel que défini par l'article 4 du CPC.

³³⁰ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, *précité*, p. 390.

³³¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 635.

³³² S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, *précité*, p. 387.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ Article 4, alinéa 2 du Code de procédure civile : « Toutefois, l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

B. Le juge et l'objet du litige

C'est l'article 5 du CPC qui réglemente l'objet du litige (1) au regard duquel les chambres de la Cour révèlent une sévérité unanime (2).

1° L'article 5 du CPC

Cette disposition vient clairement restreindre la liberté du juge en prévoyant que : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». C'est cette disposition qui fonde, à l'égard du juge l'immutabilité du litige, soit son indisponibilité, principe directeur de la procédure civile dont l'origine remonte au droit Romain.

110. L'office du juge est délimité par l'objet du litige : il ne statue pas *infra petita*³³⁵, *extra petite*³³⁶, ni *ultra petita*³³⁷ ; lorsqu'il rend la décision, le juge ne peut donner aux parties ni plus ni moins que ce qu'elles lui ont demandé³³⁸. Une condition est reprise au sein des dispositions propres à l'arbitrage et notamment à l'article 1445 du CPC qui prévoit que la convention par laquelle les parties décident de soumettre leur litige à un arbitre doit déterminer l'objet du litige à peine de nullité.

Cette limite, qui participe aussi de la garantie des droits de la défense en évitant que le juge n'intervienne trop « intrusivement » dans le procès à l'image d'une partie au procès, est sévèrement appliquée par la jurisprudence.

³³⁵ Cela signifie que le juge doit statuer sur toutes les demandes et n'en n'oublier aucune.

³³⁶ Cela signifie que le juge ne peut pas statuer sur un point qui ne lui a pas été soumis.

³³⁷ Cela signifie que le juge ne peut pas accorder plus de droits/d'avantage que ce qui lui a été demandé.

³³⁸ Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1981, n° 79-13.435, Bull. civ. 1981 I, n°122 : « Vu l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile ; Attendu que, selon ce texte, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties et que le juge ne peut se prononcer que sur ce qui lui est demandé ».

2° La sévérité unanime des chambres de la Cour

Cette sévérité est la même, qu'il s'agisse de la jurisprudence de la chambre commerciale (a) ou de celles civiles (b).

a) La sévérité de la chambre commerciale

111. Illustrations de la chambre commerciale. – La position de la chambre commerciale de la Cour de cassation est nettement opposée à la modification de l'objet du litige³³⁹. La Cour illustre cette idée dans un arrêt rendu le 2 mai 1983³⁴⁰ à l'occasion duquel elle casse la solution des juges du fond qui avaient effectué cette modification.

Un arrêt du 23 juin 1992³⁴¹ rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation est une véritable critique de la jurisprudence des juges du fond en faveur du relevé d'office telle que celle précédemment évoquée, en ce qu'elle méconnaît le principe dispositif et plus spécifiquement l'objet du litige. En l'espèce, il s'agissait d'un litige portant sur un crédit-bail dont le preneur ne payait plus le loyer en raison d'un défaut de fonctionnement du local objet du contrat. Pour condamner ce preneur à payer ses mensualités, les juges du fond avaient conclu à l'absence de vice affectant le local ainsi remis en cause. Le consommateur avait alors interjeté appel de cette décision, et la Cour d'appel de dire que ce dernier « [...] ne l'avait pas saisie d'une action en responsabilité pour non-conformité de la chose livrée [...] ». En effet, l'argument du défendeur tenait à dire que si les juges n'avaient pas trouvé de vices affectant le local pris en crédit-bail, ils auraient dû chercher à savoir s'il n'y avait pas plutôt un défaut de délivrance conforme.

La Cour de cassation avait alors confirmé la solution de première instance : « Mais attendu que les juges du fond sont liés par les prétentions des parties et ne peuvent modifier

³³⁹ Cass, com. 20 novembre 1978, n°77-11.410, Bull. civ. 1978 IV, n°266, p.220 ; Cass, com. 25 février 1980, n°78-13.798, Bull. civ. 1980 IV, n° 93 ; Cass, com. 5 mars 1980, n°78-13.452, Bull. civ. 1980 IV, n° 115 ; Cass, com. 7 janvier 1981, n° 79-11.283, Bull. civ. 1981 IV, n° 11 ; Cass, com. 13 janvier 1981, n°79-11.339, Bull. civ. 1981 IV, n° 24 ; Cass, com. 10 juillet 1989, n° 87-12.621, Bull. civ. 1989 IV n° 218 p. 146 ;

³⁴⁰ Cass, com. 2 mai 1983, n° 81-10.555, Bull. civ. 1983 IV, n° 126 : « Vu l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile ; Attendu qu'aux termes de ce texte, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense ; [...] Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'objet du litige dont elle était saisie était une action en nullité d'un acte et non une contestation sur la nature juridique de cet acte, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».

³⁴¹ Cass, com. 23 juin 1992, n° 90-16.428, Bull. civ. 1992 IV, n° 244, p. 170 ; *RTD Civ.* 1993, p. 413, note J. NORMAND.

l'objet du litige dont ils sont saisis ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel, relevant que M. X... ne l'avait pas saisie d'une action en responsabilité pour non-conformité de la chose livrée par la société Kis, s'est abstenue de statuer sur un tel fondement ». Selon la Cour, si les juges du fond avaient cherché à qualifier le fondement de la demande en défaut de délivrance conforme, ils auraient violé le principe dispositif et notamment les articles 4 et 5 du Code de procédure civile. Ces derniers ne pouvaient donc pas relever d'office ce moyen.

Mais cette décision avait été critiquée par la doctrine puisque comme nous l'avons vu une analyse des dispositions du Code de procédure civile permettrait au juge de relever d'office un moyen de droit tout en respectant le principe dispositif (par le biais du second alinéa de l'article 7 notamment).

b) La sévérité des chambres civiles

112. Illustrations des chambres civiles. – A titre d'exemple, cette jurisprudence est suivie par la première chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} février 1984³⁴². En l'espèce, il s'agissait de ne pas permettre au juge de requalifier l'objet du litige, qui était ici une demande de changement de nom, par une rectification d'actes. Cette erreur, que l'on pourrait qualifier de « terminologie juridique » devait être sanctionnée au visa du Code de procédure civile en ce qu'elle portait atteinte au principe d' « immutabilité » du litige.

L'immutabilité du litige est confirmée par la troisième chambre civile. Les décisions des juges du fond qui avaient fait une application de l'article 12, alinéa 1^{er} du CPC imposant au juge de « trancher le litige conformément aux règles de droit », et prononçant, au visa de l'article 1134 du Code civil la nullité d'un contrat au motif qu'il n'est pas « légalement formé » devaient être cassés par la troisième chambre de la Cour pour méconnaissance des termes du litige³⁴³. Récemment, le 28 mars 2012³⁴⁴, elle sanctionne des juges du fond ayant

³⁴² Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 1984, n° 82-16.364, Bull. civ. 1984 I, n° 48 : « Vu l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile ; [...] Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que Mme X...B. ne sollicitait pas la rectification d'actes dont il n'était pas prétendu qu'ils étaient erronés et que sa demande s'analysait bien en une demande de changement de prénoms, même si son objet était de revenir aux prénoms initialement portés par les enfants et d'effacer les conséquences d'un changement précédemment opéré, la juridiction du second degré a modifié l'objet de la demande et a violé le texte susvisé ».

³⁴³ Cass, 3^e civ. 5 novembre 1970, n° 69-20.072, Bull. civ. 1970 III, n° 569, p. 414 ; Cass, 3^e civ. 16 janvier 1974, n° 73-70.046, Bull. civ. 1970 III, n° 71.

³⁴⁴ Cass, 3^e civ. 28 mars 2012, n° 11-11.391, Inédit : « Qu'en statuant ainsi, alors que la société Prefa indiquait expressément dans ses conclusions d'appel que son action était fondée sur l'article 1792-4 du code civil et les mécanismes de la responsabilité contractuelle et subsidiairement sur le fondement de l'article 1604 de ce code pour manquement à l'obligation de délivrance pour défaut de conformité, ce qui ôtait toute portée au simple

accordé une demande informulée, mais soutenue par un fondement juridique déterminé. Elle considère ici que même si les parties ont précisé le fondement de leur demande, la demande doit elle aussi être formulée, le juge ne pouvant pas le faire à leur place (la Cour accompagne alors sa décision du visa de l'article 4 du CPC mais aussi de celui de l'article 12 du code). Si depuis 2006 les parties ne peuvent plus présenter de demande sans fondement juridique, elles ne peuvent pas non plus présenter de fondement juridique sans demande explicite.

Corrélativement, l'office du juge en droit est aussi lié par les faits que les parties lui ont apporté, en vertu de l'article 7, alinéa 1^{er}. Ces faits forment la cause des prétentions des parties, c'est-à-dire qu'ils sont à la base du litige né et de la demande faite au juge. Les prétentions ne peuvent exister sans les faits, et si ceux-ci sont nécessairement posés par les parties au sein du litige, et que le juge ne peut aller au-delà de ces derniers, le juge ne peut donc pas influencer sur la « cause » du litige.

Les limites que pose aussi le principe dispositif viennent donner à l'office du juge des restrictions procédurales dans le souci évident de préserver les droits de la défense. Pour espérer obtenir l'avantage dont elles demandent le bénéfice au juge, les parties doivent la motiver et en prouver le bien-fondé à l'aide de faits permettant de leur donner raison. Le juge sera lié par ces faits que lui apportent les parties et qui donnent sa matière au procès.

II. La charge « partagée » de l'allégation des faits

« Judex secundum allegata et probata partium judicare debet »³⁴⁵.

La charge de l'allégation des faits est dite « partagée » car si elle appartient par principe aux parties (A), ce dernier connaît une atténuation (B).

A. Le principe de l'allégation des faits par les parties

Dans son ensemble, le Code de procédure civile a longtemps suivi la logique de MOTULSKY tenant à réserver le domaine des faits aux parties et celui du droit au juge ; une

visa de l'article 1641 dans le dispositif de ces conclusions, la cour d'appel, qui a modifié l'objet du litige, a violé les textes susvisés ».

³⁴⁵ Adage latin qui signifie : « Le juge doit statuer selon les allégations et les preuves des parties ».

charge qu'exprime l'adage « *da mihi factum* » (1) ; mais elles doivent aussi en apporter la preuve ; une charge à laquelle l'adage « *da mihi probation* » (2) pourrait être décerné.

1° Le principe : « *da mihi factum* »

113. La condition de l'allégation des faits. – Par ce principe on obtient une confrontation des articles 6 et article 12 (alinéas 1 et 2) du Code de procédure civile. L'office du juge dont l'article 12 régit l'exercice, sera conditionné par l'allégation des faits par les parties. La limite à l'exercice par le juge de son office est donc celle tenant à l'exercice par les parties de leurs obligations par le jeu de la règle qu'exprime l'adage : « *office secundum allegata et probata partium iudex judicare debet* »³⁴⁶. Sauf exceptions particulières³⁴⁷, ces dernières doivent, pour que le juge puisse trancher le litige en droit, lui apporter les éléments pour le faire. En vertu du principe accusatoire du procès, elles ont la charge de présenter ces faits au juge.

Le principe dispositif, lui aussi issu des principes directeurs de la procédure civile est illustré par l'adage « *da mihi factum* ». Cet adage est concrétisé par l'article 6 du Code de procédure civile qui pose le principe de l'allégation des faits par les parties, et donc de « l'indisponibilité des faits »³⁴⁸ pour le juge. Pour que les parties puissent justifier leur(s) demande(s), il leur incombe de produire les faits qui s'y rapportent³⁴⁹ : « A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ».

114. La « paralysie » de l'article 7 alinéa 1^{er}. – Sans cette mise en jeu des faits par les parties, l'office du juge est, en principe, paralysé. C'est l'article 7, alinéa 1^{er} du même code qui le prévoit : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ». Pour pouvoir être retenus par le juge lors du procès, les faits doivent être dans le débat.

Le principe se veut général qu'il s'agisse de moyens de droit ou de moyens de procédure, le juge doit avoir les éléments de fait et de droit suffisant pour relever d'office le moyen de droit qu'elle juge adapté au litige. Les dispositions à caractère d'ordre public sont

³⁴⁶ Adage latin qui signifie : « Le juge doit juger selon ce qui est allégué et prouvé par les parties ».

³⁴⁷ A titre d'exemple, la requête de la demande en divorce ne doit pas contenir les faits à l'origine de la demande (article 1106 du Code de procédure civile).

³⁴⁸ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, *précité*, p. 395.

³⁴⁹ Les faits allégués doivent être pertinents ; ils doivent servir les prétentions des parties ; Cass, 2^e civ. 24 mars 1971, Bull. civ. II 1971, n° 130.

donc elles aussi soumises à la condition essentielle du principe dispositif. Il en est ainsi des fins de non-recevoir d'ordre public issues de l'article 125 du Code de procédure civile auxquelles le principe du contradictoire était également applicable.

2° Le principe « *da mihi probatio* »

Cette formule latine inspirée de celle relative à la production des moyens de fait par les parties, signifie que « la preuve des faits est l'apanage des parties [...] » (a). La théorie du fait constant, quant à elle, apporte une coloration, voire une atténuation particulière à cette obligation (b).

a) « La preuve des faits est l'apanage des parties [...] »³⁵⁰

115. Le principe voulant que la charge des preuves appartienne aux parties vient conditionner celle de l'allégation des faits. Il ne suffit pas aux parties de produire les faits qu'elles estiment justifier leur demande, il faut encore qu'elles en apportent la preuve.

116. Article 9 du CPC. – C'est l'article 9 du code³⁵¹ qui leur en impose la mission, conformément au principe accusatoire du procès. L'administration de la preuve est le moyen d'assurer le principe du procès équitable³⁵². Une telle exigence permet au juge de pouvoir être sûr de trancher le litige sur la base de faits sérieux. Elle lui permet aussi de ne pas se voir reprocher de ne pas avoir retenu des faits non-prouvés pour trancher la solution³⁵³. A défaut de preuve, l'élément de fait ne peut pas être retenu : « *Idem est non esse et non probari* »³⁵⁴ ; et même si la preuve d'un fait lui est apportée, elle peut tout à fait juger que ni la preuve ni le fait ne sont pertinents³⁵⁵.

Mais qu'en est-il des faits dont la véracité n'a pas été contestée par l'autre partie ?

³⁵⁰ C. LEFORT, *Procédure civile*, 3^e éd., Dalloz, 2009, p. 196.

³⁵¹ Article 9 du Code de procédure civile, *précité* : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

³⁵² Cass, 1^{re} civ. 17 octobre 2000, Bull. civ. 2000 I, n°249.

³⁵³ Cass, 2^e civ. 10 mai 1991, n° 90-10.921, Inédit ; Cass, 3^e civ. 24 mars 2009, n° 07-21.824, Inédit.

³⁵⁴ Adage latin signifiant : « Ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est tout un ».

³⁵⁵ Pour une illustration de la libre appréciation par le juge des preuves apportées par les parties : Cass, 2^e civ. 24 mars 1971, n° 70-11.114, civ. II 1971, n°130, p. 86 ; l'une des parties avait, à l'occasion d'une demande de divorce, tenté de rapporter la preuve d'une liaison entretenue par le conjoint ; la Cour, qui ne retient pas cette preuve pour trancher le litige, rappelle le « [...] pouvoir souverain qui lui appartenait pour apprécier l'opportunité de faire droit à l'offre de preuve ».

b) La théorie du fait constant

117. « Ce qui n'est pas contesté doit être accepté par le juge pour vrai »³⁵⁶. – A l'image de l'aveu qui ne lie cependant pas le juge en droit pénal³⁵⁷, la théorie du fait constant est proche d'une « présomption de vérité ». Le silence d'une partie gardé sur des éléments de faits apportés par son adversaire se comprend comme une ratification de leur véracité³⁵⁸ ; en somme, « qui ne dit mot ratifie ». Pour autant, la théorie du fait constant ne dispense pas les parties de prouver les faits allégués³⁵⁹, car la Cour n'est pas tenue de considérer que des faits allégués sont constants au seul motif qu'ils n'ont pas été expressément contestés par les parties.

La Cour en donne une illustration dans un arrêt rendu le 3 janvier 1980³⁶⁰, à l'occasion d'un litige portant non pas sur une difficulté liée à un contrat de consommation, mais sur le versement d'une pension alimentaire des enfants au père. Ces derniers, pour être déchargés de l'obligation, avaient versé au débat un document attestant de l'abandon des enfants par le père pendant leurs minorités. Néanmoins, la Cour avait rejeté ce fait dont les parties ne rapportaient la preuve que par l'absence de contestation de ces faits par le père : « la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de considérer que les faits allégués étaient constants, au seul motif qu'ils n'avaient pas été expressément contestés, n'a fait, sans méconnaître les termes du litige, qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation, en estimant dépourvu de caractère probant un document versé aux débats pour établir la réalité de l'abandon prétendu et en décidant, en conséquence, que les dispositions de l'article 207, alinéa 2, du Code civil, ne pouvaient recevoir application en l'espèce ». La Cour met en parallèle à la fois l'article 7 pour prendre en compte un document « versé aux débats » et l'article 4 pour expliquer que les juges du fond n'avaient pas méconnu les prétentions des parties et l'objet du litige en contestant des faits allégués par les parties. Selon elle, il ne suffit pas qu'ils soient allégués

³⁵⁶ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF, Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 839, *précité*.

³⁵⁷ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 103 : en procédure pénale l'aveu est défini comme la « reconnaissance par un délinquant du ou des faits délictueux qui lui sont imputés ».

³⁵⁸ Cass, soc. 16 novembre 1972 Bull. civ. V, n°626 ; Cass, 1^{re} civ. 18 avril 2000, (1315) ; Cass, 1^{re} civ. 24 mai 2007, D.2007, pan. 2692, obs. DOUCHY-LOUDOT.

³⁵⁹ Cass, com. 20 mai 1997, n° 95-13.169, Inédit, *Société Sotrale Industrie* : « Mais attendu que c'est sans méconnaître le principe de la contradiction que la cour d'appel, tenue de vérifier que les conditions d'application de l'article 121, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985, invoqué par la société Sotrale, étaient réunies, a constaté que tel n'était pas le cas en l'espèce, dès lors que cette société, à qui il incombait de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention, sans en être dispensée par le silence de la société Allibe, quant à l'existence en nature du matériel litigieux, ne rapportait pas cette preuve; que le moyen n'est pas fondé ».

³⁶⁰ Cass, 1^{re} civ. 3 janvier 1980, n°78-11.616, Bull. civ. 1980 I, n°7.

pour être constants³⁶¹. Il faut donc comprendre ce principe doctrinal comme le moyen pour le juge de ne pas retenir des faits dont la preuve fait défaut pour trancher le litige, même s'ils n'ont pas été contestés ou à l'inverse, de pouvoir les retenir dès lors qu'ils n'ont pas été contestés par l'autre partie. Dans un cas comme dans l'autre, les parties ne pourront le lui reprocher, étant entendu que le respect du principe de la contradiction par le juge lorsqu'il retient de tels faits permet à chacune des parties de pouvoir en discuter.

La règle du principe accusatoire du procès veut que les faits soient fixés par les parties qui ont aussi la charge d'en prouver la véracité. Ces faits seront ceux qui délimiteront les frontières du litige devant être réglé par le juge. Cette règle est logique dans la mesure où ce sont les faits qui ont fait naître le litige entre les parties. Ces faits seront donc ceux sur lesquels le juge devra se baser exclusivement pour rendre son verdict, ni plus ni moins.

Pourtant, on observe un accroissement de l'office du juge dès 1806, voire, une controverse de l'office du juge quant à l'allégation des faits; d'abord timide, cette émancipation de l'office du juge quant à l'allégation des faits par les parties s'exerce à travers l'opération de la preuve des faits par ces dernières, notamment par la théorie du fait « constant » ; mais elle s'accompagne surtout d'autres tempéraments au principe des « faits aux parties ».

B. Une atténuation au principe de l'allégation des faits par les parties

Le principe de l'allégation des faits par les parties doit être atténué au regard des aménagements qui lui sont apportés pour permettre une intervention judiciaire (1) dans ce domaines. Les faits adventices, plus qu'une atténuation, apportent une réelle exception au principe évoqué (2).

1° Des aménagements pour une intervention judiciaire

Les aménagements sont de deux sortes : ils relèvent d'abord de la faculté pour le juge de demander des explications supplémentaires aux parties (a), mais aussi d'ordonner des mesures d'instruction (b).

³⁶¹ Confirmé par : Cass, 2^e civ. 10 mai 1991, n° 89-10.460, Bull. civ.1991 II, n°142, p. 76.

a) La demande d'explications

118. Article 8 CPC. – Les conditions qui viennent d'être exposées et qui paralysent l'office du juge (allégation des faits et du droit) relatives puisque l'on sait que le juge peut toujours, via l'article 8³⁶², demander des explications aux parties sur ces éléments. Cet article permet au juge de faire entrer lui-même des faits dans le débat.

Les demandes d'explications que peut exprimer le juge et qui existent même au stade de l'instance lorsque le juge anime les débats entre les parties³⁶³, ne sont pas anodines dans les litiges du droit de la consommation : elles peuvent lui permettre de donner la direction voulue au débat et donc au règlement du litige. Il est possible de cette manière, que le juge souligne la particularité d'un fait pour lequel il demande des explications en raisons de son intérêt pour le règlement du litige alors qu'il n'aurait pas été développé par les parties, et ici, par le consommateur, qui n'a pas l'expérience ni la compétence pour saisir les conséquences bénéfique du fait litigieux sur sa prétention.

Les demandes d'explications sont donc essentielles pour le juge s'il veut avoir une certaine maîtrise sur le procès ; cette dernière ne va pas dans le sens de la distribution des rôles dans le procès civil telle que MOTULSKY l'entendait, mais l'évolution de la société et l'émergence de branches de droit nouveaux dont fait partie le droit de la consommation appelle une mutation de la procédure « Motulskienne ». Selon les réponses et les explications apportées, il va pouvoir ensuite relever d'office un moyen en fonction de celles-ci. Le chemin du relevé d'office est simplement plus long.

Si le juge peut faire entrer un élément de fait par ce biais, il peut aussi agir sur la preuve de ces faits, qu'ils soient introduit par lui ou apportés par les parties.

³⁶² Article 8 du Code de procédure civile : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

³⁶³ Article 442 du Code de procédure civile : « Le président et les juges peuvent inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur ».

b) Les mesures d'instruction

119. Les mesures d'instruction sont les moyens pour le juge de passer du principe de la « neutralité » à la « neutralité active »³⁶⁴ et d'influer sur la matière litigieuse sans méconnaître le principe accusatoire du procès. Avec les mesures d'instruction le législateur place le juge sur le terrain de la preuve des faits allégués. Il organise ces mesures à travers les articles 10 (α) et 11 (β) du CPC.

α) Article 10 du C.P.C.

« Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Cette disposition découle logiquement de l'article 8 : il va cependant plus loin par le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction. Dans le même ordre d'idée, il « peut » aussi procéder à des vérifications personnelles³⁶⁵.

Ce pouvoir accordé au juge est une exception au principe voulant que la preuve des faits soit à la charge des parties.

β) L'article 11 du Code de procédure civile³⁶⁶

120. L'article suivant régit ces mesures par une collaboration entre les parties et le juge ; il implique que ces derniers travaillent ensemble à la recherche des preuves : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours [...] ». Cette atténuation à l'exception posée par l'article 10 du CPC maintient d'une certaine manière les parties dans la maîtrise des faits. Mais c'est surtout le moyen de ne pas remettre en cause l'article 146, alinéa 2³⁶⁷ du code qui

³⁶⁴ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF, Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 784, *précité*.

³⁶⁵ Article 179 du Code de procédure civile : « Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux ».

³⁶⁶ Article 11 du Code de procédure civile : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

³⁶⁷ Article 146, alinéa 2 du Code de procédure civile : « En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

précise que le rôle du juge n'est pas de se substituer aux parties dans la recherche des preuves. « L'administration judiciaire de la preuve »³⁶⁸ n'est pas la procédure par défaut d'une défaillance des parties. C'est pourquoi cette procédure est prévue plus tard dans le code alors que la charge de la preuve aux parties apparaît dans le chapitre dédié aux principes directeurs du procès.

Et pourtant, le juge va effectivement ordonner des mesures d'office à l'égard de faits dont les éléments ont été insuffisamment prouvés par les parties³⁶⁹ : oui, mais ce pouvoir qui lui est accordé n'est qu'une faculté³⁷⁰, les parties ne pourront donc pas lui reprocher de n'avoir pas procédé à cette recherche³⁷¹.

Les limites que pose le principe dispositif doivent être perçues comme des exceptions à la liberté dont dispose le juge dans l'exercice de son office, notamment par l'emploi du terme « Toutefois » par le législateur lorsqu'il introduit le troisième alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile. L'emploi du mot « aussi », au début du quatrième alinéa est le prélude d'une deuxième limite à l'office du juge : l'amiable composition.

121. Hormis les articles 8 et 10 du CPC, dont nous avons vu qu'ils permettent au juge de demander des explications de fait supplémentaires et d'ordonner d'office des mesures d'instruction, il existe une notion qui pourrait parallèlement justifier l'accroissement du rôle du juge quant aux faits : c'est celle des faits « adventices » ; ceux-ci sont une exception à la règle de l'allégation des faits par les parties. L'office du juge prendra sa place à l'égard des faits allégués par les parties au soutien de leur(s) prétention(s), mais aussi à l'égard de ceux ne l'étant pas. Ces faits, allégués, présents dans le débat mais « non spécialement invoqués » par les parties pour soutenir leur(s) prétention(s) sont les faits dits « adventices », exceptions de l'adage « *da mihi factum* ».

³⁶⁸ Intitulé du titre VII du Code de procédure civile « l'administration judiciaire de la preuve ».

³⁶⁹ Article 144 du Code de procédure civile : « Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer » ; Article 146 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : « Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver ».

³⁷⁰ Article 143 du Code de procédure civile : « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ».

³⁷¹ Article 150 : « La décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition ; elle ne peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi.

Il en est de même de la décision qui refuse d'ordonner ou de modifier une mesure ».

2° L'exception des faits adventices au juge

Cette idée communément admise, dont la structure est inspirée de MOTULSKY, et selon laquelle les faits, par principe, appartiennent aux parties, souffre d'une exception due à la notion de « faits adventices » pouvant être relevés par le juge. Sans pour autant permettre au juge de fonder sa décision sur des faits qui n'auraient pas été allégués comme le permet la matière gracieuse³⁷², ces faits adventices font échapper cet apanage des faits aux parties. Définis par le Code de procédure civile (a), la nature particulière de ces faits doit être examinée au regard de l'office du juge (b).

a) Définition « Motulskienne »

122. Les faits adventices de l'article 7 CPC. – Ce que MOTULSKY a désigné sous le nom de faits « adventices » sont les faits exposés à l'article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile qui énonce que : « Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». Ces faits ont été apportés par les parties mais non allégués au soutien de leur prétention ; cela signifie qu'ils n'ont pas été invoqués spécifiquement impliquant qu'ils soient débattus entre les parties afin que le juge puisse les retenir ou les écarter pour trancher le litige.

123. Les faits adventices et « la cause ». – Le Code de procédure civile relativise ce que certains ont désigné sous le nom de l'« indisponibilité de la cause ». En permettant au juge de ne pas se cantonner aux faits apportés par les parties dans le procès, le législateur apporte une exception au premier alinéa de l'article 7, et permet la « disponibilité » de la cause. En effet, si la maîtrise des faits appartient aux parties, et si le juge ne peut déroger à ce principe en retenant des faits que ces dernières n'auraient pas visé juridiquement, le juge peut sortir de la limite factuelle s'il estime que les faits doivent être pris en considération pour pouvoir trancher le litige.

Cette liberté est tout de même limitée : le texte précise que cette possibilité ne lui est offerte que s'il s'en tient aux « éléments du débats », et s'il n'apporte aucune modification au

³⁷² Article 26 du Code de procédure civile : « Le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués ».

fondement juridique ou à la « cause de la demande »³⁷³. Pour sortir du débat, c'est l'article 8 du code qui doit être mis en œuvre ; en permettant au juge de demander aux parties de lui « fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige », le législateur ouvre une autre catégorie de faits : ceux qui ne sont pas dans le débat et qu'il faut distinguer des faits « adventices ».

Le principe de la neutralité du juge est mis à mal à travers la place accordée au juge quant à l'allégation des faits. Une mise à mal qui se transpose en jurisprudence à travers l'application et l'interprétation de l'article 7, alinéa 2 par la Cour.

b) Les faits adventices dans la jurisprudence

Si les faits adventices ont d'abord été pour le juge une source de controverse quant au respect du contradictoire³⁷⁴, ils sont surtout pour lui un moyen de sortir du cadre strict du principe de l'appartenance des faits aux parties.

124. Les faits adventices et l'office du juge. – Il faut préciser que la jurisprudence fait une lecture littérale du second alinéa de l'article 7 du code, qui ne prévoit qu'une faculté et non une obligation pour le juge de prendre en considération des faits non spécialement invoqués par les parties dans le soutien de leurs prétentions³⁷⁵.

A titre d'exemple on retrouve cette faculté dans un arrêt du 20 novembre 1985³⁷⁶, à l'occasion duquel la Cour avait cassé un jugement rendu par les juges du fond qui avaient annulé une convention conclue sur la contrainte, alors que, selon la Cour, ils n'étaient pas compétents pour relever d'office le moyen tiré du vice du consentement : « le juge peut, à condition d'observer le principe de la contradiction, prendre en considération, parmi les

³⁷³ Ces conditions sont exigées depuis longtemps par une jurisprudence ancienne : Cass, com. 20 juin 1961, Bull. civ. 1961 IV, n° 281 : « Attendu que, si les juges peuvent faire droit aux conclusions des parties, par des motifs non spécialement invoqués par elles, mais puisés dans les éléments du débat, c'est à la condition de ne point excéder les limites des prétentions précisées par les parties dans leurs conclusions » ; Cass, 3^e civ. 14 mai 1971, n°s 70-11.294 et 70-11.295, Bull. civ. 1971, III, n° 305, p.218 : « Qu'il ne lui était pas interdit, pour se prononcer, de puiser les motifs de sa décision dans une clause du contrat d'entreprise, quand bien même elle n'aurait pas été spécialement invoquée par les parties elles-mêmes dans leurs conclusions, dès lors que le fondement juridique de la demande n'en était pas modifié » ; Cass, 2^e civ. 10 octobre 1973, n° 72-13.642, Bull. civ. 1973 II, n° 251, p. 200 : « Attendu que les juges du fond sont liés par les conclusions des parties ; Qu'ils ne peuvent modifier d'office la cause de la demande ».

³⁷⁴ Cf. : note 99.

³⁷⁵ Cass, 1^{re} civ. 16 juin 1982, n° 81-11.752, Bull. civ. 1982 I, n° 231 : « [...] l'article 7, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile n'oblige pas le juge à prendre en considération les faits que les parties n'ont pas spécialement invoqués ».

³⁷⁶ Cass, 3^e civ. 20 novembre 1985, n° 84-13.353, Bull. civ. 1985 III, n°153, p.116.

éléments du débat, même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention et leur appliquer la règle de droit appropriée ».

Il s'agissait en l'espèce d'une promesse de vente conclue entre particuliers. Pour être libérés, les consommateurs (époux Z) déclaraient avoir transigé sous la contrainte. Cependant, les juges du fond avaient décidé qu'ils ne pouvaient relever d'office la nullité de la convention pour cause de dol ou de violence en l'absence de prétentions des parties en ce sens. Cette solution est infirmée par la Cour qui considère que les juges auraient dû prendre en compte ces faits présents au débat. Dans cet arrêt, la Cour se saisit de l'article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile combiné avec les dispositions de l'article 16 du même code pour justifier sa décision en faveur du relevé d'office du juge. Selon elle, les juges auraient dû, « [...] pour déterminer les obligations des époux Z..., se fonder sur des faits résultant d'une pièce produite aux débats [...] ». En l'espèce, la transaction signée sous la contrainte avait été versée au débat, peu importe qu'elle n'ait pas été invoquée par les époux Z. au soutien de leurs prétentions.

125. Les faits adventices et la règle de conflit de loi. – Cependant, dans le domaine particulier de la règle de conflit de lois, longtemps débattue et dont la question sera développée plus loin³⁷⁷, la Cour pose, à l'inverse, une obligation pour le juge de relever d'office des éléments de faits non spécialement invoqués par les parties lorsque ces faits sont des éléments d'extranéité nécessitant l'application d'une loi étrangère. Cette obligation ne vaut que pour les droits indisponibles, car lorsqu'il s'agit de droits dont les parties peuvent disposer, cette obligation ne deviendra qu'une faculté, les parties pouvant librement décider, dans ce cas-là, que ne sera pas appliquée la loi étrangère, mais celle du for³⁷⁸. En effet, si le juge doit trancher le litige en droit en appliquant la loi et que cette dernière est d'origine étrangère, il ne pourra le faire que s'il relève d'abord l'élément de fait qui va par la suite justifier l'application de cette loi étrangère au litige. Bien que le juge ait une maîtrise des faits à travers ceux dits adventices, ou à travers une éventuelle demande d'explications supplémentaires qu'il peut formuler, le juge la perd en cas d'accord conclu entre les parties pour exclure certains éléments de faits que le juge ne pourra pas prendre en considération³⁷⁹.

³⁷⁷ La question de l'office du juge dans les litiges relevant de la matière internationale nécessite un développement approfondi qui sera effectué plus loin (Cf, note 183 s.)

³⁷⁸ Cass, 1^{re} civ. 26 mai 1999, n° 97-16.684, Bull. civ. 1999 I, n° 174, p.114, *Société Mutuelle du Mans et Belaïd* ; Cass, 1^{re} civ. 6 mai 1997, n° 95-15.309, Bull. civ. 1997 I, n° 140, *Hannover international* (Ces arrêts seront développés plus loin : note 218 et 216)

³⁷⁹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^e éd., Dalloz, 1999, p.489.

126. Les faits adventices et l'article 12, alinéa 1^{er} CPC. – Le principe de la faculté du juge dans son appréhension des faits adventices ne devrait pas résister au premier alinéa de l'article 12 du code selon lequel : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Si le juge doit effectivement s'acquitter de cette tâche, il semblerait étrange de ne pas lui permettre de retenir des faits qui, même non spécialement invoqués par les parties, seraient à son sens nécessaires dans le règlement du litige³⁸⁰.

A ce sujet, le professeur BOLARD avait estimé que si le juge doit trancher le litige en droit, il ne peut, en principe, être effectué qu'au regard des faits apportés par les parties dans le débat ; les faits adventices ne devraient pas être évincés de l'action de requalification du juge si ce dernier y décèle des éléments juridiques d'importance au vu du débat. Selon cet auteur, dans tous les cas, il ne serait pas juste que le juge ne fasse pas cas d'un fait, adventice ou non, et qui retiendrait son attention, ce qu'il exprime par ces mots : « Moins que tout autre, le juge ne saurait être autorisé à exercer incorrectement son office, plus que tout autre il doit appliquer la loi »³⁸¹.

Perçu comme un reliquat de l'ancien article 3 de l'article 12 distinguant entre les moyens de droit et de pur droit, le deuxième alinéa de l'article 7 devrait, selon certains auteurs, être supprimé afin que le juge ne dispose plus du choix de prendre ou non en considération des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués, mais qu'il soit toujours tenu de le faire. Un tel souhait devrait découler de la lecture même du premier alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile. L'accroissement de l'office du juge quant aux faits, peut s'expliquer de manière économique : « La neutralité du juge ne signifie pas sa passivité. L'évolution contemporaine des systèmes judiciaires caractérisée, d'une part par une augmentation considérable du contentieux sans augmentation corrélative des moyens de la justice, a inévitablement favorisé l'accroissement des pouvoirs du juge qu'il peut exercer y compris d'office, *proprio motu* »³⁸². Pour le reste, c'est bien un accroissement purement juridique de l'office du juge quant aux faits qui s'observe dans le procès civil.

³⁸⁰ D'autant plus que les cloisons sont minces entre les faits et les prétentions des parties, ce que démontre notamment l'écriture de l'article 6 du CPC qui combine fait et droit en faisant dépendre les prétentions, des faits.

³⁸¹ Propos rapportés par le Conseiller rapporteur D.LORIFERNE, rapport Ass. plén. 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin*, n°564, *précité*.

³⁸² L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF, Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 848, *précité*.

CONCLUSION DE CHAPITRE

127. Lorsqu'est question de savoir dans quelle mesure le juge exerce son office au sein du droit de la consommation, il est d'abord question de procédure civile. C'est elle qui définit les rôles dévolus aux parties et au juge dans le déroulement du procès civil. Or, l'histoire et le contenu de cette dernière ne nous permet pas exactement d'obtenir une réponse claire et sereine quant à l'office du juge. L'office du juge présente dès lors une riche controverse au sein même de ses dispositions.

128. C'est d'abord une instabilité dominante des principes directeurs qui en témoigne : en accordant le pouvoir du relevé d'office du juge, le législateur démontre déjà, en 1975, la volonté de voir le juge interagir de manière active avec les parties dans le procès civil. Les défauts du mécanisme et les déceptions qui en ont résulté ont cependant entraîné sa suppression par le Conseil d'Etat. On constate rapidement que, malgré cette suppression, la controverse n'en a pas moins gardé toute sa vigueur.

Déplacée sur le terrain des limites invariables à l'office du juge, elle se heurte aux très grands principes du contradictoire et de l'immutabilité du litige auxquels est soumis le juge dans l'exercice de son office. La controverse relative au relevé d'office du juge s'exprime alors au sein des principes directeurs. Les articles 4, 5, 7, ou 16 du Code de procédure civile en sont les vecteurs, sujets d'une interprétation originale de la Cour de cassation. Le relevé d'office du juge des moyens de droit s'ouvre d'autant plus à la controverse.

Cette controverse va s'exprimer dans le sens d'une émancipation de l'office du juge, toutefois contraint au respect des principes directeurs ne pouvant être méconnus. Corrélativement à l'accroissement de l'office du juge quant aux faits s'observe une controverse de l'office du juge quant au droit. Sans pour autant perdre son autorité sur le droit, le juge va devoir en partager le monopole avec les parties.

CHAPITRE 2

LA CONTROVERSE DU RELEVÉ D'OFFICE AU SEIN DES PRINCIPES DIRECTEURS

129. Traditionnellement, le droit est le domaine de prédilection du juge, car s'agissant du droit, c'est lui qui a le premier rôle. Le premier alinéa de l'article 12 donne au juge cette prééminence sur le droit : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». La simplicité de l'énoncé n'est pas celle de la mission qu'elle impose au juge. Lorsque le juge applique la règle de droit il va se heurter à diverses notions et exigences issues des principes directeurs qui vont gouverner la question du relevé d'office du juge des moyens de droit.

La controverse s'enflamme alors à nouveau dans l'application de la règle de droit par le juge (**Section 1**). Le développement de l'application de la règle de droit, qui se veut général, portera toutefois précisément sur les litiges en matière nationale. Or, l'intérêt que suscite la question s'invite aussi sur le terrain des litiges internationaux, au sein duquel la question du relevé d'office du juge est également omniprésente. La problématique est la même puisqu'elle vise l'application de la règle de droit, représentée, en matière internationale, par celle dite de « conflit de lois » (**Section 2**). Pour comprendre l'office du juge au sein de ces litiges, il faudra parfois s'extraire quelque peu de la seule sphère du droit de la consommation. Cette étude « parallèle » du relevé d'office du juge apporte toutefois un enseignement supplémentaire à celle qui porte précisément sur le droit de la consommation.

SECTION 1

LA CONTROVERSE DE L'OFFICE DU JUGE QUANT À L'APPLICATION DE LA
RÈGLE DE DROIT

130. Le juge et la règle de droit. – Si le juge doit bien appliquer la règle de droit, les alinéas suivant de l'article 12 y apportent des précisions pour y parvenir. Le second lui ouvre la possibilité de proposer une qualification aux faits et actes litigieux et par exception, le troisième, le lui interdit sous certaines conditions. Si les parties n'ont pas lié le juge aux « [...] qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat [...] »³⁸³, il peut changer le fondement juridique donné par les parties, soit, relever d'office un moyen de droit (une possibilité que conditionne le troisième alinéa de l'article 16 au respect de la contradiction).

131. Ces alinéas n'évoquent pas seulement le pouvoir du juge de requalification des faits, ils font aussi apparaître la notion de « fondement juridique » (implicitement au premier alinéa de l'article 12 du CPC, et littéralement en son alinéa 3) qui n'est autre que l'ensemble des « moyens de droit propres à justifier en droit une prétention »³⁸⁴, et qui matérialise, avec l'opération de qualification des faits, la dimension strictement juridique du procès civil. Or, « si la requalification s'assimile à un relevé d'office, puisque dans les deux cas le juge introduit un nouveau fondement juridique, le relevé d'office ne correspond pas toujours à une requalification, par exemple lorsque le juge introduit un nouveau moyen de droit dans le débat »³⁸⁵.

La controverse de l'office du juge quant à l'application de la règle de droit au moyen de la qualification du fondement juridique implique alors que soit d'abord évacuée une difficulté de terminologie juridique.

132. Problématique terminologique. – Entre la qualification du « fondement juridique », « des faits et actes litigieux » et le « relevé d'office d'un moyen de droit », la confusion s'installe. Si une définition peut être donnée de chacune des notions, permettant de les distinguer les unes des autres, cette distinction ne résiste pas à la pratique, et s'efface lorsque l'office du juge est amené à les manipuler lorsqu'il tranche le litige.

³⁸³ Article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile, *précité* : « Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

³⁸⁴ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 9^e éd., Quadrige, 2011, *précité*, p. 465.

³⁸⁵ C. ALLIEZ, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation*, [Th. doct. sous la dir. J.-L. RESPAUD : Droit privé et sciences criminelles : Montpellier I : 2008], p. 309.

Le Code prévoit que le juge requalifie les faits et actes litigieux ; puis, qu'il ne peut changer le fondement juridique. Le fait que le législateur passe de l'un à l'autre au moyen de l'adverbe « toutefois » porte à croire qu'il parle de la même chose. Cette interprétation des deux alinéas sera suivie en ce sens par souci de logique et d'efficacité juridique.

133. Une rupture des cloisons. – Lorsque la définition du « fondement juridique » est recherchée au sein du lexique des termes juridiques, le lecteur s'aperçoit qu'elle n'existe pas, et que la notion de « fondement » renvoie à celle de « moyens »³⁸⁶. La rupture de la distinction entre les éléments ci-dessus doit être opérée pour les rassembler sous une seule formulation : le relevé d'office d'un moyen de droit³⁸⁷. Cette opération juridique concerne à la fois la requalification des faits et actes, et celle du fondement juridique.

134. Relevé d'office et requalification. – Lorsqu'il est question pour le juge de requalifier les faits et actes ou de relever d'office un moyen de droit, on s'aperçoit que la distinction est fragile : quand le juge requalifie un fait pour le faire entrer dans une catégorie juridique afin de trancher le litige en vertu de la réglementation propre à cette catégorie, le juge relève bien un moyen de droit qui profitera à l'une ou l'autre des parties. En donnant au fait ou à l'acte une certaine qualité juridique, le juge donne une direction au procès et à la solution du litige.

Lorsqu'il est question de requalifier le fondement juridique ou de relever d'office un moyen de droit la fragilité de la distinction est la même : le fondement juridique est justement le moyen de droit sur lequel les parties justifient juridiquement leurs demandes.

135. Fondement juridique et faits et actes litigieux. – La distinction entre l'opération de qualification des faits et actes et celle du fondement juridique est elle aussi quelque peu floue.

Lorsqu'il est question pour le juge de requalifier les faits et actes ou de modifier le fondement juridique, la distinction est tout aussi fragile : les faits et actes apportés par les parties le sont sous une certaine formulation juridique. Ce faisant, les parties choisissent de leur accorder telle ou telle qualité juridique. L'article 6 du CPC précise bien que ce sont les faits qui viennent au soutien de la prétention ; si la demande n'a pas de valeur juridique, ce sont les faits qui en sont porteurs. Fait et droit sont nécessairement liés de ce point de vue. Et lorsque l'article 12, alinéa 2 réglemente la qualification des faits et actes litigieux et évoque « [...] la dénomination que les parties en auraient proposée [...] », il renvoie précisément à

³⁸⁶ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 437.

³⁸⁷ Pour une définition du moyen de droit, cf. note 58 s.

l'article 6 par le jeu duquel les parties ont procédé à cette qualification. Néanmoins, il est possible de retrouver, au sein de la jurisprudence, une distinction entre le fondement juridique et les faits et actes litigieux. Cette distinction pourra donc être reprise pour illustrer cette dernière.

136. Fondement juridique et objet du litige. – La doctrine avait perçue une confusion entre la requalification du fondement juridique et celle de l'objet du litige, soit, des prétentions des parties ; cette confusion doit être nuancée ; d'abord parce que l'article 12 ne vise pas les « prétentions » et ensuite parce que c'est bien l'article 4 qui en fait mention : l'objet du litige doit donc être compris de manière factuelle et non de manière juridique car il renvoie strictement aux demandes des parties qui devraient être perçues comme étant factuelles³⁸⁸ d'après une analyse « Motulskienne » de la notion. Ces demandes doivent être comprises uniquement dans le sens d'un avantage économique ou social : remise en cause d'un lien contractuel, remboursement, etc. Cette demande sera formulée de manière juridique pour pouvoir être entendue par le juge ; c'est à ce moment que le fait devient droit et que le transfert d'une sphère à l'autre s'opère. La doctrine avait assimilé ces prétentions à la « cause » du contrat³⁸⁹. Cette cause est indisponible pour le juge ; même si les prétentions revêtent un certain sens juridique (« résolution » d'un contrat, « nullité » d'une clause), elles ne pourront jamais être modifiées par le juge ; lorsque le juge apporte une modification il ne le fera qu'au regard de la terminologie juridique employée pour formuler la demande ; lorsqu'il sera question de requalification de la prétention, il s'agira de sa formulation juridique et non de ce à quoi les parties prétendent.

Au regard de cette analyse, il faut comprendre la qualification juridique telle que prévue au sein de l'article 12 et le relevé d'office d'un moyen de droit, comme deux opérations identiques³⁹⁰. Par soucis de cohérence, ce sont les termes de qualification et de requalification juridique qui seront employés pour faire l'analyse du relevé d'office des moyens de droit de manière générale.

³⁸⁸ R. MARTIN, « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I, n° 129, p. 85, D. 1998, p. 272.

³⁸⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, p. 399.

³⁹⁰ *Ibid*, p.408 ; une assimilation que retiennent les auteurs lorsqu'ils rappellent la conception de la procédure civile de MOTULSKY : « [...] comme l'avait montré Motulsky, requalifier, c'est, d'emblée, substituer à une règle de droit invoquée par les parties une autre règle de droit, donc relever d'office un moyen de droit ».

Cette qualification juridique est une opération qui n'appartient pas qu'au seul pouvoir judiciaire mais qui doit être partagée (§1) entre les différents acteurs du procès civil. C'est donc pour partie une opération judiciaire qui peut même être mesurée (§2).

§1. La qualification juridique, une opération partagée

« *Jura novit curia* ».

Cette expression latine³⁹¹ qui a servi de base aux principes directeurs du procès détermine dans quelle mesure la distribution des rôles doit être effectuée entre le juge et les parties. Si le premier a le monopole, ces dernières doivent proposer une qualification juridique visant à leur faire remporter le procès.

Et puisque les dispositions du Code de procédure civile imposent aux parties de déterminer le fondement juridique du litige, c'est le second alinéa qui permettra réellement au juge d'intervenir. A propos de cet exercice, l'office du juge doit être considéré comme étant l'exception au principe de la qualification par les parties. L'opération de la qualification juridique est donc partagée entre les parties (I) et le juge (II).

I. L'opération de la qualification par les parties

La question de l'office du juge dans le procès civil analysée à travers la qualification juridique est difficile à résoudre et présente une riche controverse. Cette dernière résulte notamment du fait que les parties occupent une place prioritaire dans le fondement juridique de leur demande, tandis que le juge ne vient agir sur celui-ci qu'à défaut. Car si l'on peut dire que le droit appartient au juge, il ne faut pas oublier que le système accusatoire demeure : ce sont aux parties de mener le procès. Elles doivent donc proposer une qualification juridique (A) et peuvent même aussi, sous certaines conditions, paralyser l'action du juge en lui enjoignant de trancher le litige dans les limites qu'elles auront défini, témoignant d'une certaine maîtrise de ces dernières sur l'office du juge (B).

³⁹¹ Expression latine qui signifie « le droit est l'apanage du juge », et reprise par M.DOUCHY-LOUDOT, in « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEUX*, Dalloz 2009, p. 99.

A. La proposition des parties

137. Les faits appartenant aux parties, ces dernières doivent les « qualifier » pour leur donner la couleur juridique permettant au juge de se prononcer pour trancher le litige³⁹². Les parties sont placées dans la chaîne chronologique du déroulement du procès de telle sorte que c'est à eux de faire passer les faits de leur forme brute à leur forme juridique. Si les parties n'effectuent pas cet exercice, l'assignation qu'ils soumettent au juge sera entachée de nullité³⁹³ (le décret du 28 décembre 1998³⁹⁴ qui participe d'ailleurs de l'aspect économique de la procédure civile, est venu renforcer la procédure de l'assignation « qualificative »³⁹⁵).

138. Les « prétentions » des parties. – Elles sont définies comme étant l'ensemble des demandes des parties à un procès (la restitution d'une somme, la rupture d'un lien contractuel, etc...). Ces prétentions doivent être exprimées par les parties puisque ce sont elles qui les ont amenées à présenter le litige devant le juge. Elles doivent le faire en formulant le fondement juridique sur lequel elles appuient leurs prétentions³⁹⁶. La formulation du fondement est une opération essentielle à partir de laquelle le juge pourra donner droit à la demande ou la rejeter si le fondement s'avère inadapté ou incorrect par rapport aux faits et à la demande³⁹⁷. Or, le juge ne sera pas totalement exclu de l'opération de la qualification.

B. La maîtrise de l'office du juge par les parties

La limitation dont peut souffrir le juge dans l'exercice de son office porte tant sur l'indisponibilité du fondement juridique (1) que sur le mécanisme de l'amiable composition (2).

³⁹² A titre d'illustrations : article 56, alinéa 1^{er}, 2° du Code de procédure civile : « L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice [...] l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit » ; article 753, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : « Les conclusions doivent formuler expressément les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. Un bordereau énumérant les pièces justifiant ces prétentions est annexé aux conclusions » ; article 954, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile : « Les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée. Elles comprennent en outre l'indication des pièces invoquées. A cet effet, un bordereau récapitulatif leur est annexé ».

³⁹³ Cass. 2^e civ. 6 avril 2006, n° 04-11.737, Bull. civ. 2006 II, n° 103, p.98.

³⁹⁴ Il s'agit de l'article 3 du décret du 28 décembre 1998 n° 98-1231 « Modifiant le code de l'organisation judiciaire et le Nouveau code de procédure civile ».

³⁹⁵ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, *précité*, p. 382.

³⁹⁶ Cf. note 108.

³⁹⁷ Etant entendu que la « cause » du procès est perçue par la doctrine, après analyse de la jurisprudence, comme étant définie par le fondement juridique de la demande (Avis de M. Benmakhlouf Premier avocat général, note sous Ass. Plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. Ass. plén. 2006, n° 8, p. 21).

1° L'indisponibilité du fondement juridique

139. Les parties précisent le fondement juridique de leurs demandes. L'article 12, alinéa 3 renforce cette maîtrise de l'objet du litige par les parties en ajoutant que le juge : « [...] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Les parties peuvent en effet demander au juge de ne pas dépasser un cadre juridique qu'elles auront établi entre elles, à l'image de l'arbitrage. Le juge est alors d'autant plus « restreint » par les parties aux qualifications et demandes juridiques déterminées par elles. Pour que cela soit possible, il faut que l'accord soit exprès et que les parties aient la libre disposition des droits en cause.

Un tel accord peut être également passé entre les parties pour imposer au juge de trancher le litige en équité.

2° Le mécanisme de l'amicable composition

140. Le litige tranché en équité. – Par exception, les parties peuvent demander au juge de ne pas trancher le litige en droit mais en équité. Cette référence à l'équité est aussi présente au sein du Code civil qui prévoit que c'est elle, entre autres, qui peut donner une certaine direction aux conventions signées entre les parties³⁹⁸, ou plus loin au sein de Code de procédure civile, qui prévoit que c'est encore l'équité qui peut guider le juge dans la condamnation d'une partie aux dépens³⁹⁹, ces textes donnant ainsi à cette notion une réalité et une valeur « juridique ».

141. L'article 12, alinéa 2 CPC. – Comme l'article 1478 du Code de procédure civile en matière d'arbitrage, c'est l'article 12, alinéa 4 qui ouvre cette possibilité au sein des principes directeurs du procès en ces termes : « Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ». Cet article

³⁹⁸ Article 1135 du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

³⁹⁹ Article 700 du Code de procédure civile : « Comme il est dit au I de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

vient donc en contradiction avec l'article 12, alinéa 1^{er} qui impose au juge de trancher le litige en droit, et, même si l'application de l'article 12, alinéa 4 présente peu d'efficacité pratique, il apparaît néanmoins, aux yeux de la doctrine, comme une exception à la théorie tenant à dire que le droit appartient au juge⁴⁰⁰. En effet, l'amiable composition ne permet pas au juge de fonder sa décision en se basant sur des éléments de droits. *A fortiori*, il ne peut donc pas, lorsqu'il est lié par cet accord, fonder sa décision sur des éléments de droit qu'il aurait lui-même soulevé d'office, à moins que ces éléments ne soient justement conformes à l'équité.

142. Le droit et l'équité. – Néanmoins cette distinction faite entre l'équité et le droit peut paraître superficielle puisque le juge doit de toute façon trancher le litige et on imagine mal qu'il se détache totalement du droit pour rendre un jugement en amiable compositeur, tout comme on imagine mal qu'il puisse rendre un jugement de droit contraire à l'équité, « [...] laquelle est une des fins de la Justice [...] »⁴⁰¹. Par ailleurs, la définition de la « Justice » renvoie à la fois à l'idée de « [...] ce qui est conforme à l'équité [...] » et de « [...] ce à quoi chacun peut légitimement prétendre (en vertu du Droit) [...] »⁴⁰². Toutefois, le texte crée une franche dichotomie entre ces deux notions qui devraient pourtant être les deux moteurs communs du jugement qui a pour but le règlement juste du litige. La limite que ce texte pose à l'office du juge est donc concrète puisqu'il n'est pas autorisé, ici, à user des outils dont il dispose normalement, mais elle est relative en ce qu'il est toujours tenu de *suum cuique tribuere* (« rendre à chacun le sien »).

Si l'on ne se place pas dans l'une ou l'autre de ces situations, le juge est amené à procéder à une qualification ou requalification juridique.

⁴⁰⁰ C. BLÉRY, « Concentration des demandes et office du juge: une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès) », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 115.

⁴⁰¹ H. CROZE, «Le juge doit-il dire le droit?», in *Justice et droit du procès-Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, sous la dir. de S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 225, *précité*.

⁴⁰² G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 590.

II. L'opération de la qualification par le juge

Si l'article 13 du CPC permet au juge d'intervenir dans le procès en invitant « les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige »⁴⁰³, c'est l'article 12 qui lui offre une place plus conséquente sur ce terrain.

143. Le « double emploi » de l'article 12, alinéa 2. – La rédaction du deuxième alinéa impose au juge de procéder à cet exercice en ces termes : « [Le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification [...] ». En d'autres termes, le juge peut choisir de présenter les faits litigieux sous une autre forme juridique que celle choisie par les parties. Les verbes « donner » et « restituer » présentés comme deux possibilités offertes au juge pour procéder à la qualification des faits et actes litigieux permet précisément d'affirmer que le législateur a investi le juge d'une mission de qualification et de requalification.

Le juge sera donc invité à effectuer la qualification juridique en cas de silence (A) de la part des parties, ou bien en cas d'« erreur » de ces dernières (B). Une qualification absente ou une qualification jugée inefficace, seront les seules portes ouvertes qui permettront au juge de s'emparer de cet exercice qu'il partage avec les parties et de relever d'office un moyen de droit.

A. Le silence des parties

En cas de silence des parties, le juge a l'obligation de procéder à la qualification (1) juridique en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile. Cette situation n'est toutefois plus possible en raison d'une évolution jurisprudentielle en la matière et qui est venue rendre cette obligation obsolète (2).

1° L'obligation de la qualification

144. De manière générale, la qualification est une « opération intellectuelle consistant à rattacher une situation de fait ou de de droit à une catégorie juridique déjà existante (concept, institution) »⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Article 13 du Code de procédure civile : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». Le juge d'instance G. FAUVET reconnaît que cet article lui est souvent utile (cf. annexe 3 : entretien avec G. FAUVET, juge du TI de Pertuis, du jeudi 16 octobre 2014).

145. Le fondement juridique manquant. – Si les parties n'ont pas donné de fondement juridique à leurs prétentions ce sera au juge de le faire s'il veut pouvoir trancher le litige tel que le premier alinéa de l'article 12 lui commande de le faire (sous peine de déni de justice⁴⁰⁵). Que ce soit au visa de l'article 12 dans son intégralité ou au visa de ses premiers alinéas, la Cour de cassation a régulièrement et invariablement considéré que le juge avait l'obligation d'« examiner les faits, sous tous leurs aspects juridiques » afin d'identifier la règle applicable et de trancher le litige en droit⁴⁰⁶.

Elle casse des arrêts de Cours d'appel qui auraient rejeté les demandes des parties au seul motif que ces dernières n'auraient pas accompagné ces demandes de fondement juridique précis ; selon la Cour c'est au juge, dans ces conditions, d'accorder la demande au fondement juridique approprié⁴⁰⁷. C'est également le cas lorsque les juges du fond ont rendu une solution sur un fondement alors que le demandeur n'en avait pas formulé⁴⁰⁸.

La première chambre civile de la Cour attend ainsi parfois des juges du fond qu'ils comprennent le fondement juridique sous-entendu par le demandeur⁴⁰⁹, ou encore qu'ils le

⁴⁰⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 763.

⁴⁰⁵ Article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁴⁰⁶ Cass, 3^e civ. 21 janvier 1987, n° 85-15.781, Bull. civ. 1987 III, n° 10, p. 6 ; Cass, com. 31 mars 1981, n° 79-12.672, Bull. civ. 1981 IV, n° 169 : « Vu l'article 12, alinéas 1 et 2 du Nouveau Code de procédure civile ; [...] en l'absence de toute précision dans les écritures sur le fondement de la demande, les juges du fond doivent examiner les faits, sous tous leurs aspects juridiques, conformément aux règles de droit qui leur sont applicables » ; Cass, 3^e civ. 14 juin 1989, n° 87-19.333, Bull. civ. 1989 III, n° 138, p. 76 : « [...] la cour d'appel, des énonciations de laquelle il résulte que les désordres affectant de gros ouvrages rendaient l'immeuble impropre à sa destination, a, sans violer le principe de la contradiction, tranché le litige conformément aux règles de droit qui lui étaient applicables, en l'absence de fondement juridique proposé par les parties » ; Cass, soc. 20 février 1996, n° 92-45.024, Bull. soc. 1996 V, n° 60, p. 42 : « Vu l'article 12, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile [...] ; Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, et doit rechercher lui-même la règle de droit applicable » ; Cass, 2^e civ. 23 mars 2004, n° 02-30.119, Bull. civ. 2004 II, n° 143, p.120 ; Cass, 3^e civ. 27 juin 2006, n° 05-15.394, Inédit : « Vu l'article 12 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de toute précision dans les écritures sur le fondement de la demande, les juges du fond doivent examiner les faits, sous tous leurs aspects juridiques, conformément aux règles de droit qui leur sont applicables, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; Cass, com. 5 février 2013, n° 11-26.647, Inédit.

⁴⁰⁷ Cass, com. 26 octobre 1993, n° 91-19.086, Bulletin civ. 1993 IV, n° 365, p. 265 et Cass, 2^e civ. 8 décembre 2005, n° 04-10.981, Inédit : « Vu l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; [...] l'arrêt retient qu'ils n'indiquent pas le fondement de droit pouvant justifier cette demande » ; Cass, 3^e civ. 27 juin 2006, n° 05-15.394, Inédit : « Vu l'article 12 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de toute précision dans les écritures sur le fondement de la demande, les juges du fond doivent examiner les faits, sous tous leurs aspects juridiques, conformément aux règles de droit qui leur sont applicables, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁴⁰⁸ Cass, 3^e civ. 21 janvier 1987, n° 85-15.781, Bull. civ. 1987 III, n° 10 p. 6 ; Cass, com. 3 mai 2006, n° 02-11.211, Bull. civ. 2006 IV, n° 102, p. 100.

⁴⁰⁹ Cass, 1^{re} civ. 15 mars 2005, n° 02-12.497, Bull. civ. 2005 I, n° 139, p. 120.

CHAPITRE 2 – La controverse du relevé d'office au sein des principes directeurs devinent « eu égard aux circonstances de la cause »⁴¹⁰ ; surtout que ce fondement doit être le plus protecteur pour le consommateur.

Suivant cette jurisprudence, ne reste plus aux parties qu'à venir « silencieusement » devant le juge avec leurs demandes et les faits litigieux et d'attendre que ce dernier trouve la solution. Ce silence est-il encore permis ?

2° Une obligation obsolète

Cette interprétation de l'article 12 du CPC qui, en allégeant la tâche des parties, alourdit celle du juge, fut cependant anéantie par un arrêt rendu par la Cour réunie en Assemblée plénière le 7 juillet 2006⁴¹¹.

146. L'arrêt « Césaréo ». – Le litige opposait des héritiers dont l'un d'eux réclamait à l'autre le versement d'une somme sur l'héritage dont ils avaient chacun bénéficiés, au titre d'un salaire différé. La demande avait été rejetée par le juge d'instance, et l'héritier avait alors exercé une nouvelle action pour la même somme, au titre, cette fois-ci, de l'enrichissement sans cause. La Cour d'appel avait rejeté cette demande pour fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Le moyen au pourvoi de cet héritier tenait à contester cette décision au regard de la notion de cause : pour ce dernier, l'autorité de la chose jugée ne vaudrait qu'en cas d'identité de cause, ce qui n'était pas le cas ici puisque le fondement juridique au soutien de la (même) demande n'avait pas été le même. Ce pourvoi est rejeté par la Cour de cassation : « Mais attendu qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ».

Depuis cet arrêt, suite logique au décret de 1998⁴¹², le demandeur ne peut plus revenir devant le juge avec le même litige revêtu d'un fondement juridique différent⁴¹³. Depuis cet arrêt, la jurisprudence exige des parties qu'elles procèdent à la « concentration des demandes et des moyens », selon une formule doctrinale. Les parties ne peuvent plus s'en remettre entièrement au juge, mais doivent présenter dès le début de l'instance, tous les

⁴¹⁰ Cass, 1^{re} civ. 5 novembre 1985, n° 83-12.621, Bull. civ. 1985 I, n° 287, p. 256.

⁴¹¹ Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. Ass. plén. 2006, n° 8, p. 21, *Césaréo*.

⁴¹² Décret du 28 décembre 1998 n° 98- 1231, *précité*.

⁴¹³ Arrêt étendu au défendeur : Cass, com. 20 février 2007, n° 05-18.322, Bull. civ. 2007 IV, n° 49 ; et confirmé par la suite : Cass, 1^{re} civ. 16 janvier 2007, n° 05-21.571, Bull. civ. 2007 I, n° 18, p. 16 ; Cass, 2^e civ. 18 octobre 2007, n° 06-13.068, Inédit ; Cass, 2^e civ. 25 octobre 2007, n° 06-19.524, Bull. civ. 2007 II, n° 241 ; Cass, 3^e civ. 13 février 2008, n° 06-22.093, Bull. civ. 2008 III, n° 28 ; Cass, 1^{re} civ. 28 mai 2008, n° 07-13.266, Bulletin 2008 I, n° 153 ; Cass, 1^{re} civ. 1^{er} octobre 2014, n° 13-22.388, Bull. civ. 2014 I.

moyens susceptibles de faire droit à leur demande. Cet arrêt d'Assemblée plénière rend l'analyse de l'office du juge en cas de silence des parties sur le fondement juridique de leurs demandes obsolète : le silence n'est plus possible. En cherchant de façon pragmatique à « gérer les flux », cette solution a été fortement critiquée en ce qu'elle a rendu la justice « expéditive et peu sûre »⁴¹⁴.

147. La portée de l'arrêt « Césaréo ». – Les effets de cette décision, modifiant la portée de l'article 1351 en élargissant son champ d'application, auraient d'ailleurs amené le juge à se rendre coupable de déni de justice⁴¹⁵. Cette critique doit se comprendre dans le sens où, dans cet arrêt, le juge avait refusé de statuer sur l'application d'une règle nouvelle à un litige déjà né. La critique est excessive puisqu'il ne s'agit pas d'un déni de justice au sens de l'article 4 du Code civil, le juge n'ayant pas refusé de statuer. Au contraire, il avait rejeté une demande sur le fondement d'une règle de droit : l'autorité de la chose jugée. Alors qu'il est reproché aux juges du fond de n'avoir pas pris en compte l'apparition d'une règle nouvelle, la Cour de cassation précise que l'autorité de la chose jugée s'applique en l'absence de faits nouveaux modifiant la situation antérieurement reconnue en justice, ce qui était le cas en l'espèce.

148. Autorité de chose jugée, excessive. – On pourrait donc non pas reprocher aux juges de se rendre coupables de déni de justice mais d'avoir fait une application artificielle et excessive de la règle de l'autorité de la chose jugée, au risque de mépriser son esprit et sa portée. En l'espèce, les faits auraient pu être considérés comme changés ; les droits des demandeurs avaient évolué depuis le revirement de jurisprudence intervenu le 3 février 2004⁴¹⁶. En effet, depuis cet arrêt, un prêt à durée indéterminée peut être résilié à tout moment. Les demandeurs avaient donc modifié leur fondement juridique en ce qu'il ne s'agissait plus de demander la résiliation du prêt sur le fondement d'un besoin pressant et imprévu mais sur celui de leur droit à résiliation unilatérale nouvellement reconnu.

Or, la jurisprudence n'est pas la seule source créatrice de droit ; si le fondement du demandeur est nouveau les faits litigieux restent parfaitement inchangés, ce qui permet à la Cour de rejeter cette demande qui est d'ailleurs identique à celle de première instance puisqu'elle vise la résiliation du prêt. Suivant le chemin de l'arrêt d'Assemblée plénière rendu le 7 juillet 2006, il est préférable que la Cour statue de cette manière et ne revienne pas sur

⁴¹⁴ C. BLÉRY, « Des effets dévastateurs du principe de concentration », *Revue Procédures*, janvier 2010, n° 1.

⁴¹⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 763 : « A supposer que le demandeur ne qualifie pas les faits et actes qu'il allègue, il revient au juge de le faire. Le juge commettrait un déni de justice, s'il déclarait les prétentions mal fondées au motif que son auteur n'en aurait proposé aucune justification juridique [...] ».

⁴¹⁶ Cass, 1^{re} civ. 3 février 2004, n° 01-00.004, Bull. civ. 2004 I, n° 34, p. 28.

des litiges déjà réglés sous prétexte d'un revirement de jurisprudence, au risque d'entraîner la justice française sur la pente de l'insécurité juridique⁴¹⁷. Cette jurisprudence « Césaréo » est confirmée par la première chambre civile⁴¹⁸ ; une confirmation dont profite la doctrine pour critiquer à nouveau la solution retenue⁴¹⁹.

149. L'arrêt « Césaréo » et les conseils. – L'intérêt de cette solution, qui sous-entend que le « silence des parties » ne sera plus possible, est relatif puisque la réaction des parties et de leurs conseils sera d'énumérer l'ensemble des moyens à la première instance, au risque que cette énumération soit inutilement longue, et alors que le juge sera amené à vérifier que les propositions sont justes. Quelle différence concrète y a-t'il alors entre un litige dans lequel aucun fondement n'est proposé et celui dans lequel la multitude de fondement juridique implique que le juge soit amené à réaliser un travail comparable ?

Depuis que la Cour s'est positionnée par rapport à des prétentions vierges de tout fondement juridique, la question de l'office du juge ne devrait plus se poser. Néanmoins, lorsque le juge sera confronté au(x) fondement(s) juridique(s) proposé(s) par les parties qui auront tout intérêt à vider leur « sac à malice », pour reprendre l'expression de C. BLÉRY, il sera amené à corriger leurs éventuelles erreurs.

Si les parties n'ont pas été silencieuses (ce qui leur est imposé de toute façon depuis l'arrêt « Césaréo »), mais ont effectivement associé un fondement juridique à leurs prétentions, le problème naîtra d'un fondement erroné. Si elles ont commis une erreur (étant entendu que, généralement, c'est une erreur commise par l'avocat ou le conseiller des parties), le juge devra donner la juste qualification⁴²⁰.

⁴¹⁷ Une justice à l'image du droit anglais de la *common law*.

⁴¹⁸ Cass, 1^{re} civ. 24 septembre 2009, n° 08-10.517, Bull. civ. 2009 I, n° 177 ; JCP G 2 novembre 2009, n° 45, p. 15, note C. BLÉRY.

⁴¹⁹ C. BLÉRY, « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice », note sous Cass, 1^{re} civ. 24 septembre 2009, n° 08-10.517, Bull. civ. 2009 I, n° 177, JCP G 2 novembre 2009, n° 45, p. 15. C. BLÉRY confronte la solution *Césaréo* à un arrêt de la Cour de justice du 18 juillet 2007 (aff. C-119/05, *Luccini*), « [...] hostile à l'autorité de la chose non jugée, telle qu'elle résulte de la concentration des moyens ».

⁴²⁰ Une erreur que l'on retrouve au sein de l'article 1015 du Code de procédure civile et qui permet justement au juge de : « [...] rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné ».

B. L'« erreur » des parties

150. L'obligation de la requalification. – La mission de requalification « [...] consiste pour le juge à substituer sa propre qualification à celle des parties [...] »⁴²¹. Le juge doit donner ou restituer aux faits « leur exacte qualification », « sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »⁴²². La formulation de cet alinéa suppose qu'une première qualification ait été effectuée par les parties car il n'est pas possible, ni besoin de « restituer » ce qui n'est pas déjà; par défaut seulement, le juge viendra rectifier cette dernière. Et il est admis, en vertu de l'article 12, alinéa 2 du CPC, que le juge puisse ne pas conserver la qualification proposée par les parties, sans méconnaître le principe du procès équitable⁴²³. Le juge est alors investi du devoir de requalification des faits. Son intervention n'est limitée par la jurisprudence qu'aux faits invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions⁴²⁴, les faits « adventices » étant exclus de la requalification⁴²⁵.

151. Fondement juridique inefficace. – Si les parties invoquent bien un fondement juridique précis au soutien de leurs prétentions, il semblerait inutile que le juge intervienne pour proposer un autre fondement. Pourtant, l'exception de la définition du fondement juridique par le juge existe. Les parties qui ont effectivement proposé une qualification juridique pour justifier leur demande, peuvent n'avoir commis aucune erreur mise à part celle de l'avoir fait inefficacement. Pour le constater, le juge vérifie que la qualification juridique est valable, et par la suite, éventuellement s'il en existe, propose celle qu'il considérera comme étant la plus cohérente et adaptée à la demande.

⁴²¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 817.

⁴²² Cette possibilité pour le juge de se détacher de la qualification donnée par les parties est fondée, selon le professeur J. VAN COMPENOLLE, sur une conception factuelle de la cause de la demande. En effet, une telle conception vise à rattacher la cause de la demande aux faits de l'espèce, l'excluant ainsi de l'exercice de la qualification juridique (in « Le rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 478).

⁴²³ F.EUDIER, « Jugement », *Rép. Pr. Civ.*, septembre 2011, réactualisée par N. GERBAY en juin 2014 : « Contrairement à ce qui a pu être affirmé (MARTIN, « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du code de procédure civile », *D.* 1996, chron. 20), conférer au juge le pouvoir de modifier le fondement juridique d'une demande lorsque celui-ci se révèle inadéquat n'est pas en contradiction avec l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme ».

⁴²⁴ Cass, 1^{re} civ. 16 février 1988, n° 86-14.858, Bull. civ. 1988 I, n° 38, p. 26 ; Cass, 1^{re} civ. 28 juin 1988, Bull. civ. 1988 I, n°210, p. 148 ; Cass, soc. 25 octobre 1990, n° 87-40.703, Bull. civ. 1990 V, n° 502, p. 304.

⁴²⁵ Une exclusion fondée sur le principe voulant que les faits appartiennent aux parties en vertu des articles 6 et 7 du CPC.

Si les cloisons sont étanches, une utilisation des différentes terminologies pour évoquer le relevé d'office du juge sera reprise pour exposer la reconnaissance par la jurisprudence de l'opération de requalification par le juge : celle-ci porte aussi bien à l'égard du fondement juridique (1), qu'à celui des faits (2) ou des actes litigieux (3) ou encore à l'égard de la dénomination juridique de la prétention (4).

1° Requalification du fondement juridique

152. Les exigences de la Cour. – La Cour a parfois sanctionné des juges du fond qui avaient donné raison à des parties alors que ces dernières n'avaient pas proposé la qualification juridique adéquate à leurs prétentions⁴²⁶. A l'inverse, il est arrivé que la Cour de cassation approuve la position d'une Cour d'appel à qui le consommateur en cause avait reproché de n'avoir pas recherché un autre fondement qui lui aurait donné raison, au motif, justement, que le fondement retenu par les juges du fond était correct⁴²⁷ (mais sans se référer à l'article 12 du Code de procédure civile cette fois-ci).

Cette jurisprudence suppose alors que le juge fasse, d'abord, la vérification du fondement proposé puis la recherche du fondement approprié car il serait étonnant que le juge ne corrige pas ce qui a été mal fait : il est exigé de lui qu'il tranche le litige conformément aux règles de droit (il peut aussi arriver que suite à sa vérification, il ne conclut pas que le fondement est erroné).

2° La requalification des faits litigieux

153. Les faits ne seront pas seulement susceptibles de retomber sous la main du juge par le jeu de faits « adventices » ; ils pourront l'être à nouveau lorsque le juge usera de son pouvoir de requalification. Ce pouvoir permettra que des faits, présentés sous une certaine forme par les parties, puissent être corrigés par le juge.

⁴²⁶ La Cour de cassation vient casser des décisions rendues par les juges du fond lorsqu'elle juge que ces derniers ont accueilli des fondements erronés proposés par les parties : Cass, 1^{re} civ. 12 juin 2001, n° 99-13.199, Inédit ; Cass, 3^e civ. 24 avril 2003, n° 98-22.290, Bull. civ. 2003 III, n° 86, p. 79 ; Cass, 3^e civ. 15 mars 2006, n° 04-20.736, Bull. civ. 2006 III, n° 72, p. 60.

⁴²⁷ A titre d'exemples : Cass, 1^{re} civ. 5 mai 1993, n° 90-18.331, Bull. civ. 1993 I, n° 158, p. 109, Cass, 1^{re} civ. 8 décembre 1993, n° 91-19.627, Bull. civ. 1993 I, n° 362, p. 252 et Cass, com. 26 avril 1994, n° 92-13.862, Bull. civ. 1994, IV, n° 159, p. 126.

154. Illustrations. – Le 9 novembre 1971⁴²⁸, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait substitué à une action en nullité pour erreur une action en nullité pour violence morale. La Cour avait considéré que les juges du fond n'avaient pas méconnu les termes du litige en déduisant des faits qu'il s'agissait d'une violence morale plutôt que d'une erreur. Il n'était pas question de modifier l'objet du litige (la demande) puisque la demande restait identique : la nullité du contrat pour vice du consentement. Seuls les faits étaient modifiés en ce qu'ils devaient être compris dans le sens d'une violence morale. Le juge avait usé de son pouvoir de requalification pour en déduire que la nullité du contrat devait être demandée au visa de l'article 1112 du Code civil. En procédant à cette requalification le juge avait modifié le visa et donc le déroulement mais aussi l'issue du procès.

Plus récemment, la Cour a requalifié une violence économique en défaut de concessions réciproques⁴²⁹ ou encore une occupation d'immeuble en bail verbal⁴³⁰, à la suite de l'examen d'éléments de faits considérés comme étant suffisants pour effectuer ces requalifications.

3° La requalification des actes litigieux

155. Au sujet des actes litigieux, la Cour peut retenir une qualification différente de celle proposée après avoir fait l'analyse des faits. A la différence d'une requalification des faits, il s'agit de renommer des actes apportés par les parties au sein du débat sous une certaine forme. A titre d'exemple, la Cour peut requalifier un contrat de vente en contrat de prêt⁴³¹, un contrat d'échange en contrat de vente⁴³², une convention en transaction⁴³³ ou encore un simple acte en avenant⁴³⁴ si elle estime que l'ensemble des faits permettent de penser que ces actes litigieux ont été conclus en ce sens, et ce, même si les parties en auraient donné une dénomination juridique différente.

156. Illustration. – Dans un arrêt rendu le 27 novembre 1984⁴³⁵, la première chambre civile de la Cour avait décidé que les clauses qualifiées de contraire à l'ordre public par les juges du fond ne l'avaient été que par application de l'article 12, alinéa 2 du Code de

⁴²⁸ Cass, 3^e civ. 9 novembre 1971, n° 70-11.397, Bull. civ. 1971 III, n°541, p.387.

⁴²⁹ Cass, 1^{re} civ. 9 juillet 2003, n°01-11.963, Bull. civ. 2003 I, n° 174, p. 136.

⁴³⁰ Cass, 3^e civ. 23 avril 2013, n° 12-16.389, Inédit.

⁴³¹ Cass, 3^e civ. 29 janvier 1970, n°68-13.431, Bull. civ. 1970 III, n°73, p. 53.

⁴³² Cass, 3^e civ. 26 juin 1973, n° 72-12.489, Bull. civ. 1973 III, n° 436, p. 317.

⁴³³ Cass, 1^{re} civ. 3 février 2004, n° 01-16.740, Inédit.

⁴³⁴ Cass, 1^{re} civ. 24 avril 2013, n° 11-26.597, Bull. civ. 2013 I, n° 85.

⁴³⁵ Cass, 1^{re} civ. 27 novembre 1984, n° 83-11.265, Bull. civ. 1984 I, n°319.

procédure civile qui commande au juge de « [...] donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux [...] ». Elle conclue alors de la sorte : « Mais attendu, qu'en relevant d'office le moyen de pur droit tiré de l'illicéité de certaines clauses du contrat dit "de présentation de clientèle" comme contraires à l'ordre public et en estimant, après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations, que ces clauses avaient pour objet le rachat d'une part de clientèle médicale, les juges du second degré ont, sans violer les textes invoqués, restitué son exacte qualification à l'acte litigieux, comme le leur prescrit l'article 12 du Nouveau code de procédure civile ». En l'espèce, il s'agissait de l'intégration d'un nouveau médecin au sein d'un cabinet, en tant qu'associé. Or, une clause prévoyait que ce dernier devait verser à ses confrères une certaine somme désignée comme étant une rémunération d'un droit de présentation alors qu'il s'agissait en réalité du rachat d'une part de clientèle.

Ici, la Cour tire de l'article 12 du CPC la possibilité pour le juge de « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux ». En l'espèce, il s'agissait de requalifier des clauses de « présentation de clientèle », en clauses de « rachat de clientèle », qui, elles, étaient contraires à l'ordre public (en raison de l'atteinte portée au libre choix du médecin par le malade, et de l'incessibilité de la clientèle médicale qui est hors du commerce).

4° Requalification de la dénomination juridique de la prétention⁴³⁶

157. Article 12, alinéa 2 CPC. – Pour la doctrine, l'article 12, alinéa 2 imposant au juge de procéder à la requalification des faits et des actes litigieux s'appliquerait aussi aux prétentions des parties.

Reprenant cette analyse, R. MARTIN a déduit de la solution de la première chambre civile de la Cour de cassation rendue le 22 avril 1997⁴³⁷ que l'article 12 du CPC devait s'appliquer à la prétention, de la même manière que pour les faits et actes litigieux⁴³⁸. Dans cet arrêt, la Cour avait reproché aux juges du fond de n'avoir pas substitué à la résolution, la nullité de la vente (elles conduisent chacune au même résultat économique). En l'espèce, la combinaison des prétentions et du fondement juridique présentée par le demandeur n'était pas cohérente puisque ce dernier demandait la résolution d'une vente en fondant juridiquement sa demande par le dol, alors que ce dernier s'accompagne nécessairement de la sanction de

⁴³⁶ Précisons que l'expression de « dénomination juridique de la prétention » sera abrégée pour celle de « prétention » pour des raisons pratiques ; l'une et l'autre signifiant la même chose dans ce développement.

⁴³⁷ Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I n° 129 p. 85, *Scali c/ SCP Poulain*.

⁴³⁸ R. MARTIN, « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I, n° 129, p. 85, *D.* 1998, p. 272, *précité*.

l'annulation. Les juges du fond avaient rejeté la demande en résolution de la vente pour vices cachés parce que les conditions nécessaires à cette action n'étaient pas réunies. La Cour de cassation, sans modifier le contrat de consommation, a cassé l'arrêt de la cour d'appel, non au motif que la demande ne présentait pas toutes les conditions requises pour aboutir sur le fondement du dol, mais parce que ce fondement ne coïncidait pas avec la formulation juridique de la prétention (la demande en résolution de la vente). La Cour de cassation a estimé que les juges du fond auraient dû modifier la prétention du demandeur. Il n'est pas dit qu'elle l'ait fait de façon protectrice à l'égard de celui-ci au regard du droit des consommateurs, puisqu'elle ne fait que renvoyer les parties vers une autre juridiction ; la question de l'action en annulation de la vente pour dol n'ayant pas été intentée, rien n'indique qu'elle aboutira effectivement.

La jurisprudence démontre que la Cour de cassation n'est pas opposée, dans l'ensemble, à la requalification de la prétention⁴³⁹ et qu'elle a même parfois confirmé des arrêts qui avaient requalifié les prétentions des parties ; elle juge qu'ils avaient « restitué à la demande dont ils étaient saisis sa véritable qualification juridique », reprenant les termes même de l'article 12, alinéa 2 du CPC⁴⁴⁰. Même si le code ne le prévoit pas textuellement, la Cour s'arroge expressément le pouvoir de requalifier la dénomination des prétentions des parties⁴⁴¹ sans que l'objet du litige n'en soit modifié.

158. Un article 12, alinéa 2 superflu ? – En ce sens, le deuxième alinéa de l'article 12 du CPC serait superflu : à travers la lecture du premier, il serait implicitement attendu du juge qu'il ne conserve pas un fondement juridique proposé par les parties qui ne lui permettrait pas de trancher le litige en droit ; parallèlement, il devrait automatiquement déceler celui avec lequel il pourrait le faire. Cependant l'utilité de ce second alinéa demeure car il englobe en son sein le fait et le droit (« qualification aux faits et actes litigieux ») permettant ainsi au juge du fond de pouvoir apprécier ces éléments factuels et d'en remettre en cause la qualification juridique donnée⁴⁴², peu important que les parties ne les aient pas soumis à son jugement.

⁴³⁹ Cass, 1^{re} civ. 3 juillet 1962, Bull. civ. 1962 I, n° 339 ; Cass, 2^e civ. 9 janvier 1991, n° 89-18.877, Bull. civ. 1991 II, n° 15, p.8 ; Cass, com. 12 janvier 1993, n° 90-17.764, Bull. civ. 1993 IV, n° 4, p.2 ; Cass, soc. 1^{er} octobre 2003, n° 01-44.538 Inédit ; Cass, com. 9 juillet 2013, n° 12-17.434, Inédit.

⁴⁴⁰ Cass, soc. 1^{re} octobre 2003, n° 01-44.538, Inédit.

⁴⁴¹ Cass, 3^e civ. 22 mai 2012, n° 10-21.003, Inédit : « Attendu que la cour d'appel, sans dénaturer, sans modifier l'objet du litige ni porter atteinte au principe de la contradiction, usant de son pouvoir de requalification des prétentions des parties, a pu considérer que l'action en revendication dont elle était saisie était en réalité une tierce opposition à un jugement attribuant la qualité de propriétaire à un autre que le revendiquant ».

⁴⁴² A titre d'exemple : Cass, 1^{re} civ. 16 mars 2004, n° 01-00.186, Inédit : « Vu l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; [...] Qu'en statuant ainsi alors que les généalogistes sollicitaient expressément en appel la reconnaissance du service rendu à l'héritier et invoquaient à l'appui de leurs prétentions des éléments de fait

159. Obligation ou faculté ? – Néanmoins, et en l'absence de texte précis sur cette question, la jurisprudence ne semble pas s'accorder sur le point de savoir si le relevé d'office d'un moyen de fait et/ou de droit est une obligation pour le juge ou une simple faculté. Cette question se pose d'autant plus que l'ancien alinéa 3 de l'article 12 qui a été supprimé usait du verbe « pouvoir », et que c'est aujourd'hui le verbe « devoir » qui est employé par le deuxième alinéa en ce qui concerne la requalification des faits et actes litigieux.

L'article 16 du Code de procédure civile, n'employant aucun verbe en particulier, ne donne aucune indication au juge sur le chemin à prendre (le législateur se contentant de parler des moyens « [...] qu'il a relevé d'office [...] »). Le texte se contente d'évoquer la question comme s'il s'agissait d'une règle établie. La portée de l'office du juge dans le fondement juridique de la demande mérite d'être développée.

L'obligation de qualification par le juge qui était admise en cas de silence des parties ne devrait plus être de mise depuis l'arrêt « Césaréo », la doctrine et la jurisprudence hésitent maintenant à répondre à cette question en cas d'erreur par les parties.

§2. La qualification juridique, une opération judiciaire mesurée

*« da mihi factum, da mihi jus, judicium dabo »*⁴⁴³.

L'ampleur et la mesure de la qualification juridique opérée par le juge est difficile à évaluer. Le silence du texte laisse libre cours à la jurisprudence sur la direction à prendre quant à cette question qui devient matière à interprétation. C'est par le biais de ce questionnement que la distinction entre la qualification des faits et actes litigieux celle du fondement juridique de la demande va révéler son intérêt pour la jurisprudence, qui va tenter de mesurer l'intensité du relevé d'office du juge. Ce faisant, elle va faire échapper une partie du monopole du droit au juge.

qui, à les supposer établis, étaient propres à caractériser la gestion d'affaires, de sorte que les juges du fond étaient obligés de restituer auxdits faits leur exacte qualification, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; Cass, 1^{re} civ. 3 janvier 2006, n° 04-13.734, Bull. civ. 2006, I, n° 1, p. 1 : « Vu l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ; [...] Qu'en se déterminant ainsi, alors que le juge doit restituer leur exacte qualification aux actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé le texte susvisé ».

⁴⁴³ Adage latin qui signifie : « donne-moi les faits, donne-moi le droit, je te donnerai le jugement » ; O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens : à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102.

160. La question de l’intensité du relevé d’office du juge. – Pour répondre à la problématique liée à l’intensité de la requalification judiciaire, soit, du relevé d’office du juge, la jurisprudence va se référer à l’article 12, et notamment à ses deuxièmes et troisièmes alinéas : si le second impose au juge de donner aux faits apportés par les parties leurs exactes dénominations juridiques, il n’en va pas de même lorsqu’il envisage de modifier non pas les faits mais le fondement juridique sur lequel les parties entendent défendre leurs intérêts. Dans le troisième alinéa, le législateur passe par une formule négative pour régler la mission du juge dans la qualification du fondement juridique. L’interdiction est empreinte d’ambiguïté : « [le juge] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique [...] ».

La portée de l’office du juge ne présentant pas de difficultés dans le cas où les parties n’auraient pas précisé le fondement juridique de leurs demandes, le juge étant tenu de le faire⁴⁴⁴, cette question se pose lorsque les parties auront proposé un fondement juridique. Dans une telle situation, il s’agit pour le juge de faire usage de son pouvoir de relevé d’office : doit-il ou peut-il seulement intervenir dans le procès ? La réponse est décisive puisque cette intervention dans le procès par le biais de la requalification du fondement juridique aura pour effet de donner raison à l’une ou l’autre des parties, affectant ainsi l’issue du litige. La question ne sera pas tant de savoir si tel est le « rôle »⁴⁴⁵ du juge, mais plutôt de savoir s’il doit y être tenu ou non⁴⁴⁶. La jurisprudence va donner sa réponse à la question : c’est une hésitation quant à la faculté du relevé d’office pour le juge (I) de laquelle la faculté du relevé d’office du juge ressortira dominante par une confirmation jurisprudentielle (II) en ce sens.

⁴⁴⁴ *A contrario* : Cass, 2^e civ. 29 avril 2004 n° 01-17.321, Inédit : « Que par ces constatations et énonciations, dont il résulte que les demandeurs avaient donné un fondement juridique à leurs demandes, la cour d’appel, qui n’avait pas l’obligation de chercher d’autres fondements éventuels, a pu retenir que M. X... et la société Zurich, tiers au contrat de vente du véhicule, ne disposaient pas, contre le fabricant et le vendeur, d’une action indemnitaire reposant sur l’existence d’un vice caché ».

⁴⁴⁵ H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit? », in *Justice et droit du procès-Du légalisme procédural à l’humanisme processuel*, sous la dir. de S. GUINCHARD, Dalloz, 2010, p. 225, *précité*.

⁴⁴⁶ J. NORMAND avait effectué un exposé complet de la complexité de la jurisprudence quant à la question de l’intensité du relevé d’office, une complexité telle qu’il conclut par une certaine nostalgie de l’ancien article 12, alinéa 3, in « Le relevé d’office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *RTD Civ.* 1991, p. 152 : « Il y avait beaucoup de sagesse dans la modestie résignée de l’ancien article 12 alinéa 3. Le mieux, dit-on, est quelque fois l’ennemi du bien... ».

I. L'hésitation jurisprudentielle de la faculté du relevé d'office

Le principe de la faculté du relevé d'office des moyens de droit est reconnu par une jurisprudence constante (A). Les quelques atténuations qui pourront y être apportées seront toujours ciblées (B) et donc relatives.

A. Une jurisprudence en faveur de la faculté du relevé d'office

161. Une obligation exclue du paysage jurisprudentiel. – Selon une jurisprudence ancienne, il est convenu que le juge n'est pas tenu de relever d'office un moyen de droit qui viendrait appuyer les prétentions de l'une ou l'autre des parties au litige si ces dernières en avaient déjà soumis un. Cette position, clairement affirmée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation⁴⁴⁷, compétente en matière de responsabilité civile, fut amplement et régulièrement confirmée par la suite au sein de l'ensemble des chambres de la Cour de cassation⁴⁴⁸, sous une formule reprise largement : « l'article 12 du nouveau Code de procédure civile n'impose pas au juge de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé ».

Elle déclare ouvertement que « [...] les juges, s'ils peuvent rechercher eux-mêmes la règle de droit applicable au litige, n'en ont pas l'obligation dès lors que le demandeur a précisé le fondement juridique de sa prétention [...] »⁴⁴⁹. Il est même possible que la Cour

⁴⁴⁷ Cass, 2^e civ. 30 janvier 1985, n° 83-16229, Bull. civ. 1985 II, n° 23 p. 15 : « Mais attendu que si l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile permet au juge [...] de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande, il ne lui en fait pas obligation » ; Cass, 2^e civ. 4 novembre 1988, n° 87-16.436, Bull. civ. 1988 II, n° 202 p. 111 : « Mais attendu que ce texte n'impose pas au juge de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé » ; Cass, 2^e civ. 29 avril 2004 n° 01-17.321, Inédit, *précité* : « Que par ces constatations et énonciations, dont il résulte que les demandeurs avaient donné un fondement juridique à leurs demandes, la cour d'appel, qui n'avait pas l'obligation de chercher d'autres fondements éventuels, a pu retenir que M. X... et la société Zurich, tiers au contrat de vente du véhicule, ne disposaient pas, contre le fabricant et le vendeur, d'une action indemnitaire reposant sur l'existence d'un vice caché ».

⁴⁴⁸ Cass, 1^{re} civ. 7 avril 1992, n° 90-17.898, Inédit ; Cass, 2^e civ. 8 juin 1995, n° 92-21.549, Bull. civ. 1995 II, n° 168, p. 97 ; D. 1996, p. 247, note F. EUDIER ; Cass, 3^e civ. 20 juin 1995, n° 93-17.219, Inédit ; Cass, com. 9 avril 1996, n° 94-13.987, Inédit ; Cass, 3^e civ. 3 avril 1997, n° 95-15.637, Bull. civ. 1997 III, n° 75, p. 51 ; Cass, 2^e civ. 11 juin 1998, n° 95-17.710, Bull. civ. 1998 II, n° 181, p. 107 ; Cass, 1^{re} civ. 19 janvier 1999, n° 97-10.883, Inédit ; Cass, soc. 12 juillet 1999, n° 97-21.780, Inédit ; Cass, 2^e civ. n° 01-12.482, Bull. civ. 2003 III, n° 183, p. 162 ; Cass, 3^e civ. 1^{er} juin 2005, n° 04-12.824, Bull. civ. 2005 III, n° 118, p. 109 ; Cass, 1^{re} civ. 27 septembre 2005, n° 03-18.225, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 20 septembre 2006, n° 04-15.599, Bull. civ. 2006 I, n° 408, p. 353 ; Cass, 1^{re} civ. 30 octobre 2006, n° 05-16.699, Bull. civ. 2006 I, n° 450, p. 384 ; Cass, 1^{re} civ. 30 janvier 2007, n° 05-20.887, Bull. civ. 2007 I, n° 42, p. 36 ; Cass, 3^e civ. 10 octobre 2007, n° 06-18130 ; Cass, 3^e civ. 29 janvier 2013, n° 11-28.117, Inédit ; Cass, 3^e civ. 25 juin 2013, n° 11-27.799, Inédit.

⁴⁴⁹ Cass, 1^{re} civ. 21 février 2006, n° 03-12.004, Bull. civ. 2006 I, n° 86, p. 81 ; D. 2006, p. 2201, note R. MARTIN ; Jurisprudence confirmée : Cass, 2^e civ. 21 décembre 2006, n° 04-12.637, Inédit ; Cass, com. 13 février 2007, n° 05-10.424, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 19 septembre 2007, n° 05-22.077, Inédit.

rende une décision contraire aux intérêts du consommateur en retenant justement sa demande sous le fondement de la garantie des vices cachés⁴⁵⁰.

162. Le « flottement » de la 4^e chambre. – La chambre commerciale adopte fidèlement la position de principe dans le domaine particulier des vices cachés en n'exigeant pas du juge qu'il requalifie si tel est le fondement juridique choisi par les parties⁴⁵¹. L'action en garantie des vices cachés est en principe plus intéressante pour le consommateur que celle, par exemple, en défaut de délivrance conforme. Mais la Cour a parfois retenu une obligation pour le juge de relever d'office un moyen de droit lorsque celui-ci ressortait des éléments du débat et permettait de qualifier l'action sur le fondement du défaut de délivrance conforme⁴⁵².

Une jurisprudence contraire, au visa de l'article 12 du CPC, tranche avec la jurisprudence constante précédemment évoquée.

B. Une atténuation ciblée de la jurisprudence constante

La jurisprudence évoquée est contrariée par une jurisprudence en faveur d'une obligation du relevé d'office du juge, mais qui reste attachée au domaine des vices cachés et du défaut de conformité (deux matières qui présentent déjà en elles-mêmes une certaine difficulté en droit positif⁴⁵³). Il ne s'agit donc que d'une atténuation et non pas d'un véritable revirement.

163. L'obligation de la première chambre. – C'est à travers certains arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation que s'observe cette distinction avec la position majoritaire de la jurisprudence quant au pouvoir du relevé d'office du juge. Cette chambre (qualifiée de « championne du doit » par R. MARTIN⁴⁵⁴), spécialisée dans le droit des personnes et de la famille, mais aussi en droit international, marquera son désaccord avec les autres branches de la Cour sur la question du relevé d'office en matière de droit des

⁴⁵⁰ Cass, 3^e civ. 8 novembre 2006, n° 05-17.379, Bull. civ. 2006 III, n° 217, p. 181 (précédent jurisprudentiel de l'arrêt Ass. plén., 7 juillet 2007, n° 04-10.672, précité). Dans cet arrêt le fondement de la garantie des vices cachés avait mis en jeu une « clause limitative de garantie des vices cachés » qui avait donné tort aux demandeurs.

⁴⁵¹ Cass, com. 14 novembre 1995, n° 93-19.140, Inédit ; Cass, com. 28 mai 2002, n° 00-16.749, Inédit ; Cass, com., 16 janvier 2007, n° 05-12.525, Inédit.

⁴⁵² Cass, com., 22 mai 1991, n° 89-15.406, Bull. civ. 1991 IV, n° 176, p. 126 ; Cass, com., 3 mai 2006, n° 04-19.926, Inédit.

⁴⁵³ A. BÉNABENT, « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie (à propos des cinq arrêts des 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993) », *D.* 1994, p. 115.

⁴⁵⁴ R. MARTIN, « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », *D.* 1998, p. 272, *précité*.

contrats. Elle considère que le juge a l'obligation de rechercher le fondement juridique adéquat alors que les parties en avaient déjà proposé un.

L'analyse a démontré plus haut que la Cour n'exige pas des juges qu'ils modifient le fondement juridique proposé par les parties. A l'inverse, la première chambre civile impose aux juges de requalifier le fondement juridique de la demande en obligation de délivrance, si le demandeur l'ayant fait sur la garantie des vices cachés, voit son action rejetée par les juges du fond pour avoir été engagée trop tardivement⁴⁵⁵. Si un arrêt rendu par cette chambre le 10 mars 1993⁴⁵⁶, adoptera une position contraire, ce dernier s'attachera à régler un litige entre deux professionnels, sans aucune référence à l'article 12 du Code. Il sera formulé de manière à ce qu'il ne s'agisse pas ici d'un revirement de jurisprudence. Les termes de l'arrêt⁴⁵⁷ laissent penser que le juge répond au problème du relevé d'office de manière détournée, en insinuant, *a contrario*, que le juge serait obligé de modifier le fondement juridique de la demande si le demandeur en avait invoqué un autre, ce qui n'entraîne pas, alors, de relevé d'office.

164. Le « bon » fondement juridique. – Dans un arrêt rendu le 15 mai 2007 par la première chambre civile de la Cour⁴⁵⁸, alors que le demandeur reprochait simplement au défendeur de lui avoir menti sur la vétusté d'un moteur, la Cour casse l'arrêt rendu par les juges du fond qui avaient rejeté la demande sur le fondement des vices cachés, au motif que l'action aurait pu éventuellement aboutir sur le fondement de l'obligation de délivrance conforme ou encore sur celle de la garantie de conformité destinée à protéger le consommateur. En l'espèce, le demandeur était imprécis dans le fondement juridique de ses prétentions, mais il n'était pas totalement silencieux. Cet alinéa rappelle au juge qu'il doit « donner » ou « restituer » l'exact fondement juridique, sans tenir compte de la direction que pourraient prendre les parties ; il doit s'attacher à trouver le « bon » fondement juridique.

Rien ne permet de dire que les juges du fond n'avaient pas donné le fondement juridique correct. Ils n'ont pas livré celui qui « convient » ; une analyse doctrinale de cette jurisprudence conclut que la Cour exigeait simplement des juges qu'ils ne fasse pas d'erreur de

⁴⁵⁵ Cass, 1^{re} civ. 14 février 1989, n° 87-13.539, Bull. civ. 1989 I, n° 83, p. 53 ; Cass, 1^{re} civ. 13 décembre 1989, n° 87-14.360, Bull. civ. 1989 I, n° 393, p. 264 ; Cass, 1^{re} civ. 16 juin 1993, n° 91-18.924, Bull. civ. 1993 I, n° 224, p. 155, *Baduel* ; D. 1994, p. 546, note T. CLAY ; Cass, 1^{re} civ. 20 janvier 2004, n° 01-13.824, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 25 janvier 2005, n° 02-12.072, Bull. civ. I, n° 52, p. 42 ; JCP G 2005, II, 10184, note C. LIÈVREMONT ; Cass, 1^{re} civ. 24 janvier 2006, n° 04-11.903, Bull. civ. 2006 I, n° 36, p. 36 ; Cass, 1^{re} civ. 26 septembre 2006, n° 04-20.327, Inédit.

⁴⁵⁶ Cass, 1^{re} civ. 10 mars 1993, n° 90-18.688, Bull. civ. 1993 I, n° 110, p. 73 : « Mais attendu que, devant les juges du fond, l'acquéreur de l'installation défectueuse n'a pas invoqué un manquement du vendeur à son obligation de délivrance ; qu'en conséquence, la cour d'appel n'était pas tenue de modifier le fondement juridique de la demande qui lui était présentée ».

⁴⁵⁷ Pour une reproduction partielle des termes de l'arrêt visés : « [...] l'acquéreur de l'installation défectueuse n'a pas invoqué un manquement du vendeur à son obligation de délivrance [...] ».

⁴⁵⁸ Cass, 1^{re} civ. 15 mai 2007, n° 06-14.781, Bull. civ. 2007 I, n° 192.

qualification entre la garantie des vices cachés et l'obligation de délivrance, notions voisines mais à distinguer. On peut cependant imaginer que la Cour de cassation n'aurait pas sanctionné les juges du fond si la solution rendue par eux avait été favorable au consommateur ; prenons garde avec ces suppositions car elles leur demanderaient, de cette manière, de revêtir la robe de l'avocat⁴⁵⁹.

165. L'arrêt du 16 avril 1991. – Dans un litige comparable, la Cour a à la fois énoncé que le juge est obligé de restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, et que le relevé d'office d'un moyen de droit (et donc la modification du fondement juridique proposé par les parties) n'est qu'une faculté : « Vu l'article 1116 du Code civil, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; [...] selon ce dernier texte, le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé ; il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties »⁴⁶⁰. Et c'est après avoir énoncé ces deux règles au visa des articles 1116 du Code civil et 12 du CPC que la Cour casse l'arrêt de la cour d'appel (pour défaut de base légale, un motif instrumentalisé par la Cour⁴⁶¹) pour n'avoir pas recherché si le fait, qualifié de vice caché par le demandeur, n'était pas constitutif d'un dol. En l'espèce, l'action intentée sur le fondement de la garantie des vices cachés avait été rejetée au motif que le demandeur avait dépassé le délai imposé par l'ancien article 1648 du Code civil ; la solution de la Cour permettait au consommateur d'échapper à la prescription.

Il ne faut pas en conclure que la Cour se contredit ; il faut surtout rappeler que les arrêts appartenaient à l'ancienne législation sur les vices cachés, imposant aux demandeurs d'agir dans « un bref délai ». La Cour n'a fait qu'afficher sa position protectrice à l'égard des consommateurs⁴⁶² au regard des conditions d'application imprécises posées par l'ancienne

⁴⁵⁹ Dans le même ordre d'idée mais sur un autre registre : la Cour exige des juges du fond qu'ils qualifient les faits et actes litigieux afin de trancher le litige. Les juges du fond ne peuvent pas rejeter la qualification proposée par les parties sans en proposer une ; Cass, 2^e civ. 13 janvier 1993, n° 91-17.105, Bull. civ. 1993 II, n° 13, p. 6 : « Attendu que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

⁴⁶⁰ Cass, 1^{re} civ. 16 avril 1991, n° 88-18.530, Bull. civ. 1991 I, n° 144, p. 95 ; *RTD civ.* 1992, p. 175, note J. NORMAND.

⁴⁶¹ Ph. BRETAUDEAU, « Réticence dolosive du vendeur et garantie des vices cachés », note sous Cass, 1^{re} civ. 16 avril 1991, n° 88-18.530, Bull. civ. 1991 I, n° 144, p. 95, *D.* 1993, p. 186 ; lorsqu'il commente l'arrêt du 16 avril 1991 précité, l'auteur évoque « une extension de la fonction du manque de base légale en voie de banalisation » destinée à contrôler les qualifications.

⁴⁶² La Cour avait cassé des arrêts rendus par des juges du fond ayant rejeté des demandes présentées sur le fondement de la garantie des vices cachés parce qu'elles ne présentaient pas toutes les conditions nécessaires pour sa mise en jeu : Cass, 1^{re} civ. 20 janvier 2004 n° 01-13.824, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 25 janvier 2005, n° 02-12.072, Bull. civ. 2005 I, n° 52, p. 42.

disposition et qui devait être réformée en 2005⁴⁶³. Cette jurisprudence est considérée par la doctrine comme ayant perdu de son intérêt⁴⁶⁴.

La doctrine a perçu, dans l'arrêt rendu par la Cour le 22 avril 1997⁴⁶⁵ exposé plus haut⁴⁶⁶, une réponse à la position de la Cour quant à la faculté ou l'obligation pour le juge de relever d'office un moyen de droit⁴⁶⁷. Dans cet arrêt, la Cour a rappelé l'obligation du juge, au visa de l'article 12 du CPC, de « restituer à la sanction du dol son exacte qualification ». Cet arrêt doit être considéré comme un cas isolé puisqu'il y avait une incohérence entre la prétention (résolution du contrat) et la qualification retenue par le demandeur (le dol). La Cour ne faisait qu'imposer aux juges de redonner à la prétention son exacte qualification (« la sanction du dol »), tout en retenant le fondement juridique proposé par le demandeur. Trop ciblée sur la notion de prétention, cette solution ne donne donc pas une réponse claire et générale à la question de l'obligation ou de la faculté du relevé d'office du juge ; elle est désuète depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2005.

166. L'arrêt du 12 juillet 2001. – La Cour considère en 2001 que le juge ne peut s'en tenir à la proposition des parties mais qu'il doit redéfinir le fondement en garantie des vices cachés si le demandeur voit sa demande rejetée sur le fondement de la nullité pour erreur⁴⁶⁸. En l'espèce la Cour reproche aux juges de n'avoir pas interprété les faits présentés par la demanderesse qui auraient dû les amener à requalifier le fondement juridique en vices cachés, et qui pourrait peut-être, à l'inverse de la nullité pour erreur, donner raison à la demanderesse. Cette décision pourrait trouver une explication supplémentaire dans une décision rendue postérieurement. En effet, et en dehors du domaine de la garantie des vices cachés, la

⁴⁶³ Article 3 de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : « Au premier alinéa de l'article 1648 du code civil, les mots : « dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite » sont remplacés par les mots : « dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ».

⁴⁶⁴ D. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2010, p.287, *précité*.

⁴⁶⁵ Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I, n° 129, p. 85, *Scali c/ SCP Poulain, précité* : « Vu l'article 1116 du Code civil, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que, pour rejeter la demande de M. A... fondée sur l'existence d'un dol, l'arrêt retient que M. A... demande la résolution de la vente, alors que le dol constitue un vice de consentement dont la sanction n'est pas la résolution, mais l'annulation de la vente ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de restituer à la sanction du dol son exacte qualification, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; D. 1998, p. 272, note R. MARTIN ; JCP G 1997, II, 22944, note G. BOLARD.

⁴⁶⁶ Cet arrêt avait auparavant enrichi le développement portant sur l'office du juge au regard des prétentions des parties. (Cf note 157.)

⁴⁶⁷ R. MARTIN, « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I, n° 129, p. 85, D. 1998, p. 272, *précité*.

⁴⁶⁸ Cass, 1^{re} civ. 12 juillet 2001 n° 99-16.687, Bull. civ. 2001 I, n° 225, p. 141 : « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle en avait l'obligation aux termes de l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, si l'action en annulation engagée par Mme X... [...] ne devait pas être requalifiée en une demande en garantie des vices cachés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; D. 2002, p. 1002, note Ph. BRUN.

première chambre civile a imposé aux juges de modifier le fondement juridique choisi par les parties.

167. La condition de la requalification. – Cependant, elle a posé, dans le domaine des vices cachés, une condition jugée nécessaire pour que la requalification puisse être effectuée. Dans un arrêt rendu le 28 mars 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que pour le faire, le juge devait « disposer des éléments de fait propres à fonder la qualification retenue »⁴⁶⁹. La Cour précise que la requalification du fondement juridique ne peut être effectuée que dans certaines conditions pour être légitime et surtout pour pouvoir être imposée au juge. Elle avait souligné de la même manière, dans l'arrêt de 2001 précité, que les faits démontraient « des défauts rendant le véhicule impropre à la circulation », justifiant ainsi la requalification qu'elle avait relevé. La Cour n'adopte donc pas une position contraire à celle de la faculté de la requalification car elle pose une condition pour que celle-ci soit obligatoire.

168. Le moyen de pur droit et l'obligation. – Une partie de la doctrine avait tenté, pour répondre à la question de l'intensité du relevé d'office par le juge, de se servir du critère de moyen de pur droit pour expliquer que la jurisprudence soit parfois favorable à une obligation de le relever d'office. A l'inverse, le moyen mélangé en fait et en droit ne serait que facultativement relevé d'office par le juge. Pour autant, c'est une distinction fragile car comme la théorie et la pratique le démontrent, fait et droit sont extrêmement liés⁴⁷⁰. De plus, comme cette doctrine le souligne, la jurisprudence se positionne de manière générale en défaveur d'une obligation pour le juge de relever d'office un moyen de droit, une réticence qui va même parfois jusqu'à la négation de ce pouvoir. Toujours est-il que cette hésitation générale sera tranchée par un arrêt de la Cour qui n'en subira pas moins diverses critiques.

⁴⁶⁹ Cass, 1^{re} civ. 28 mars 2006, n° 04-13.967, Bull. civ. 2006 I, n° 182, p. 158 : « Vu les articles 7 et 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux à condition toutefois de disposer des éléments de fait propres à fonder la qualification retenue ».

⁴⁷⁰ Pour un exposé de cette analyse jurisprudentielle parfaitement illustrée : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, précité, p. 423.

II. La confirmation jurisprudentielle du principe de la faculté du relevé d'office

Contrairement à la position majoritaire de la doctrine favorable à l'obligation pour le juge de relever d'office un moyen de droit, mais conformément à la jurisprudence constante, le juge a fini par trancher. La position de principe est confirmée dans l'arrêt « Dauvin » (A) dont la réception mérite d'être exposée (B).

A. Le principe jurisprudentiel de la faculté issue de l'arrêt « Dauvin »

La solution rendue par l'arrêt « Dauvin » (1) permettra de dégager un principe jurisprudentiel dont une analyse particulière permet d'en mesurer la portée (2).

1° La solution « Dauvin »

169. Faits et procédure. – C'est un arrêt rendu par la Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière qui tente de trancher définitivement la question de savoir si le juge devait ou non rechercher un autre fondement juridique que celui défini par les parties. Le litige portait sur la vente d'un véhicule d'occasion assortie d'une garantie de trois mois entre un consommateur et un professionnel. Des difficultés apparaissent sur ce véhicule conduisant le consommateur à assigner le vendeur en garantie des vices cachés pour demander le remboursement du coût de la remise en état, une réduction du prix de vente, et des dommages-intérêts. Le 17 mars 2005, la Cour d'appel de Caen le déboute de ses demandes au motif que le vice caché n'est pas constitué, ce que conteste le consommateur qui forme un pourvoi en cassation, arguant que le juge aurait dû procéder à une requalification du fondement juridique.

170. Solution. – Le 21 décembre 2007⁴⁷¹, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière déclare : « Mais attendu que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». Par cet arrêt, le juge répond clairement à la

⁴⁷¹ Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin c/ Sté Carteret automobiles* ; D. 2008, p. 228, note L. DARGENT.

question de l'office du juge quant à la requalification du fondement juridique de la demande, et se prononce au-delà.

En l'espèce, le demandeur avait reproché au juge de violer les dispositions de l'article 12, alinéa 2 en n'ayant pas recherché si sa demande, fondée sur la garantie des vices cachés, ne devait pas plutôt être requalifiée en obligation de délivrance conforme. Le juge a donc pris la peine d'effectuer une distinction entre l'exercice de requalification des faits et actes litigieux qui, elle, est obligatoire (première partie de la solution), et celle de requalification du fondement juridique de la demande (deuxième partie de la solution), soit, le relevé d'office des moyens de droit, qui, selon cette décision, ne l'est pas.

171. Une précision inutile. – Cependant, l'arrêt délivre une précision (presque inutile) quant à la requalification de la dénomination de la demande, créant une confusion avec le fondement juridique. L'arrêt a été critiqué en ce sens : il a été soutenu que le juge effectuait une contradiction avec l'obligation qui avait déjà été reconnue quant à la requalification des demandes. Cette précision du juge est d'autant plus inutile que le demandeur avait formulé une demande cohérente au regard du fondement juridique proposé⁴⁷². Une redéfinition de la demande aurait donc été inutile.

2° La portée de la solution « Dauvin »

172. Le fondement juridique et les faits litigieux. – La dernière partie de la solution rend la précision superflue puisque le juge explique que les faits ne permettaient pas de rapporter la preuve du vice caché : « [...] qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef ». Ainsi, la question de la requalification de la demande est évacuée ; il ne reste plus que l'essentiel : le fondement juridique est jugé correct au regard de la demande, mais malheureusement pour le consommateur les faits ne relèvent pas du vice caché.

Il est donc permis de penser que si les faits avaient laissé filtrer des indices faisant penser à un cas de vice caché, la solution aurait été différente ; si le consommateur n'avait pas

⁴⁷² La demande tenait à la réduction du prix, ce que le Code civil autorise lorsqu'est mis en jeu la garantie des vices cachés qui avait été invoquée par le consommateur (article 1644 du Code civil : « Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts »).

précisé le fondement juridique de sa demande, il aurait pu être reproché à la cour d'appel de ne pas l'avoir elle-même définie. Dans ce cas-là il ne s'agirait pas d'un « changement » du fondement juridique de la demande, et il y aurait alors, *a contrario*, une obligation de qualifier le fondement juridique de la demande. La Cour répond-elle alors réellement à la question de savoir si le juge est obligé ou non de modifier le fondement juridique de la prétention ?⁴⁷³

La Cour ne semble donner une réponse sur la portée de l'office du juge que de manière isolée, et seulement en ce qui concerne les moyens mélangés en fait et en droit⁴⁷⁴. La réponse est d'autant plus isolée qu'elle est délivrée à l'occasion de litiges dans lesquels les parties ont précisé le fondement juridique de leurs prétentions. Or, cette précision a été rendue inutile par l'arrêt du 7 juillet 2006⁴⁷⁵, qui impose aux parties de façon pragmatique de présenter devant l'instance l'ensemble des moyens propres à justifier leur demande. C'est en comprenant les deux décisions, ensemble, qu'il faut en déduire que le juge n'est donc jamais obligé de changer le fondement juridique d'une demande.

B. La réception de la solution « Dauvin »

La solution rendue par l'arrêt « Dauvin » trouve un écho au sein de la jurisprudence (1). Pourtant, c'est une appréciation mitigée que lui accorde la doctrine (2).

1° La confirmation jurisprudentielle de la solution « Dauvin »

173. Une faculté unanime. – Si la première chambre civile de la Cour a parfois emprunté le chemin du « doit », le « pronostic [est] cruellement démenti » par la Cour réunie en assemblée plénière, pour reprendre l'expression de Monsieur R. MARTIN⁴⁷⁶. Cette décision est rapidement suivie d'un arrêt rendu par la première chambre civile qui décide le 28 mai 2008⁴⁷⁷, dans un litige où prétention et qualification n'étaient pas cohérentes entre elles⁴⁷⁸

⁴⁷³ La question continuera de se poser au regard de l'arrêt d'Assemblée plénière, même si deux arrêts viendront plus tard la contredire : Cass, 2^e civ. 1^{er} juillet 2010, n° 09-14.593, Inédit et Cass, 1^{re} civ. 12 mai 2011, n° 10-14.044, Inédit. Ces arrêts, qui n'ont pas été publiés, ne feront pas l'objet d'un développement particulier car ils n'ont pas remis en cause la jurisprudence instaurée par l'arrêt *Dauvin*.

⁴⁷⁴ S. AMRANI-MEKKI, « Office du juge et pouvoir de relever d'office », *JCP G* 23 avril 2008, n°17, I, 138, p. 22 ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF, Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 770, *précité*.

⁴⁷⁵ Ass. Plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. Ass. plén. 2006, n° 8, p. 21, *précité*.

⁴⁷⁶ R. MARTIN, « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I, n° 129, p. 85, *D.* 1998, p. 272, *précité*.

⁴⁷⁷ Cass, 1^{re} civ. 28 mai 2008 n° 07-13.487, Bull. civ. 2008 I, n° 154.

⁴⁷⁸ Il s'agissait d'une demande en réduction du prix de vente pour réticence dolosive.

que : « [...] la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande tendant à l'annulation de la vente, a pu, sans avoir à se prononcer expressément sur le caractère intentionnel de la réticence qu'elle constatait et qui s'analysait aussi en un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du vendeur, allouer des dommages-intérêts à l'acquéreur en réparation de son préjudice ». L'utilisation du verbe « pouvoir » positionne donc le relevé d'office du juge sur le terrain de la faculté, mais l'absence de l'article 12 du CPC au visa de cet arrêt ne permet pas de dire si la Cour adopte clairement et définitivement cette position. Toujours est-il que cette décision est dite « [...] exemplaire de l'office du juge »⁴⁷⁹.

A l'inverse, c'est la chambre sociale de la Cour, le 2 décembre 2009⁴⁸⁰, qui s'alignera clairement sur la décision prise en Assemblée plénière.

174. Qualifications interdépendantes : la faculté. – Plus récemment, dans un arrêt rendu le 19 juin 2013⁴⁸¹, la première chambre civile a confirmé cette simple faculté pour le juge de modifier le fondement juridique des demandes. Elle en conclut que l'obligation de requalification des faits et actes litigieux doit en être affectée. Selon elle, si modifier les faits et actes litigieux revient à modifier le fondement juridique de la demande, alors le juge n'est tenu d'aucune modification. Or, la frontière entre les deux est souvent mince.

Cette solution impacte-t-elle réellement la question de la portée de l'office du juge quant au fondement juridique de la demande ?

175. Qualifications interdépendantes : l'obligation. – Dans un arrêt du 10 juillet 2013⁴⁸² rendu par la même chambre, une demande présentée sans fondement juridique a été requalifiée par les juges du fond en garantie des vices cachés et en délivrance conforme. Ces derniers ont rejeté la demande sur ces deux fondements, car les preuves et les faits n'ont pas été rapportés en ce sens. La Cour casse l'arrêt rendu par les juges du fond en rappelant les termes de l'article 12, alinéa 2 du CPC et leur obligation de requalifier les faits et actes

⁴⁷⁹ L. BOY, « Cour d'appel et qualification juridique, un regrettable aveuglement sur un dol par réticence? », note sous CA, Aix-en-Provence, 4^e chambre A, 30 juin 2010, n° 2010/287, JurisData n° 2010-018982, *JCP G* 28 février 2011, n° 9, p. 236 : « Cette solution nous semble devoir être approuvée. En effet lorsque, comme c'est le cas ici, les professionnels axent leur publicité sur le sérieux de leurs prestations, lorsqu'ils "vendent" des produits sur lesquels ils sont les seuls à disposer d'informations fiables, le droit des obligations et de la consommation se conjuguent pour assurer un équilibre minimal des prestations ».

⁴⁸⁰ Cass, soc. 2 décembre 2009, n° 08-43.104, Bull. civ. 2009 V, n° 269.

⁴⁸¹ Cass, 1^{re} civ. 19 juin 2013, n° 12-11.767, Inédit : « Mais attendu que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ; qu'étant saisie de demandes fondées sur la qualification du contrat litigieux en contrat de bail ou en contrat de vente, la cour d'appel qui rejetait celles-ci, n'était pas tenue de substituer à ces qualifications une autre qualification dès lors qu'elle aurait eu pour effet de changer le fondement des demandes qui lui étaient présentées ».

⁴⁸² Cass, 1^{re} civ. 10 juillet 2013, n° 12-20.181, Inédit.

invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions. C'est sans se contredire par rapport à ce qui a été dit qu'elle tranche le litige, en se plaçant sur le terrain de la requalification des faits et actes litigieux qui est effectivement imposée aux juges. Elle souligne que « [...] les parties invoquaient des éléments propres à caractériser l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage [...] ». Or, même si elle a décidé qu'il ne lui fait pas obligation de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes (principe qu'elle ne rappelle pas au visa de sa solution), en imposant aux juges une requalification de l'acte litigieux, elle affecte le fondement juridique retenu par les juges du fond.

C'est par le jeu de l'interdépendance des faits/actes litigieux et du fondement de la demande que la Cour crée une influence inévitable de l'obligation de requalification des faits sur la faculté de requalification du fondement juridique. En ce sens, l'arrêt illustre bien la solidarité déjà évoquée entre le fait, la prétention et le fondement juridique, et un certain attachement de la première chambre civile à l'obligation du relevé d'office du juge, qui ne s'exonère jamais du respect du contradictoire⁴⁸³.

En effet, si le deuxième alinéa de l'article 12 prévoit que le juge corrige une qualification des faits éventuellement erronée ou peu efficace, il n'en demeure pas moins que le premier alinéa pose le principe et l'obligation pour le juge de « trancher le litige conformément aux règles de droit »⁴⁸⁴. Cette règle fondamentale qui structure l'office du juge en viendrait à évincer le deuxième alinéa et à remettre en cause la solution « Dauvin ».

2° La réception doctrinale mitigée de la solution « Dauvin »

L'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* » change de cap ; l'esprit traditionnaliste ne transparait plus à travers l'interprétation des dispositions du code peu harmonieuses et à la combinaison complexe⁴⁸⁵. Si elle est critiquable au regard de l'article 12, alinéa 1^{er} du CPC (a), la solution de principe issue de l'arrêt « Dauvin » est bienveillante à l'égard du juge (b).

⁴⁸³ Cass, 1^{re} civ. 11 décembre 2013, n° 12-21.818, Inédit ; *Gaz. Pal.* 11 mars 2014, n° 70, chron. VIII, p. 39, note C. BLÉRY.

⁴⁸⁴ Deux arrêts rendus par la chambre civile de la Cour de cassation le 27 Juin 1876 et la chambre des requêtes le 19 juillet 1888 soulignent la permanence et l'ancienneté du principe : « [...] lorsque le point de fait est bien déterminé [...] il appartient aux tribunaux de faire l'application des règles de droit dans le sens le plus juridique [...] ».

⁴⁸⁵ R. DE GOUTTES, avis sous Ass. plén. 21 décembre 2007 n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin*, n°564.

a) Une solution critiquée

176. Au regard de l'article 12, alinéa 1^{er} du CPC. – Il faut comprendre, à travers la lecture du premier alinéa de l'article 12 du CPC, que le juge doit appliquer la loi. Ce dernier ne s'arrêtera pas « à la dénomination que les parties [...] auraient proposée ». Cette analyse des deux premiers alinéas de l'article 12 justifierait l'idée d'une obligation pour le juge concernant la modification du fondement juridique et, de manière plus générale, du relevé d'office des moyens de droit (et ce malgré la rédaction de l'ancien article 12, alinéa 3 employant le terme « peut »).

Le premier alinéa de l'article 12 impliquerait qu'en l'absence ou en présence d'une qualification juridique des faits et actes litigieux, le juge devra toujours appliquer la loi pour trancher le litige. Il devra donc assurément qualifier les faits si cela n'a pas été fait, ou vérifier que la qualification donnée est correcte⁴⁸⁶, ce qui aura inévitablement des effets sur la solution du litige.

Pour le professeur O. DESHAYES : « L'indicatif vaut impératif (comme souvent dans le style législatif), de telle sorte que cette mission est pour le juge un devoir : il doit identifier et appliquer la règle de droit qui régit la situation des parties »⁴⁸⁷ ; ce dernier cite justement l'avis du conseiller doyen de la Cour de cassation P. WAQUET : « l'article 12 du Code de Procédure Civile doit se lire à la lumière de l'article 4 du Code civil⁴⁸⁸ : aucune question de droit liée à la solution du litige ne peut être esquivée »⁴⁸⁹. Le professeur Y.-M. SERINET partage cette critique : « [...] la mission du juge ne doit-elle pas être conçue de façon plus ambitieuse et consister à appliquer la règle de droit, telle qu'elle est, aux litiges qui lui sont soumis ? »⁴⁹⁰. L'avis est approuvé par la majorité de la doctrine qui va même jusqu'à considérer qu'il s'agit pour le juge d'une violation de la loi⁴⁹¹, rapprochant la solution rendue à celle de l'arrêt « Césaréo ».

⁴⁸⁶ Si ce n'est pas le cas, il semblerait absurde que le juge ne restitue pas « l'exacte qualification ».

⁴⁸⁷ O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens : à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102, *précité*.

⁴⁸⁸ Article 4 du Code civil, *précité* : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁴⁸⁹ Propos rapportés par Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

⁴⁹⁰ Y.-M. SERINET, « L'intensité de l'office et les concours d'actions dans la vente : une clarification décisive ? », *RDC*, 1^{er} avril 2008, n° 2, p. 435.

⁴⁹¹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF, Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 769, *précité* : « Comment concevoir que le juge relève la bonne qualification mais se refuse à appliquer les règles de droit attachées à ladite qualification ? Cela permettrait au juge de violer la loi en lui permettant de ne pas appliquer la règle de droit adéquate ».

177. Au regard de la confusion des notions. – De plus, la Cour reconnaît qu'il peut exister une certaine confusion entre la qualification des faits et le relevé d'office des moyens de droit ; une confusion que soulignent des auteurs qui regrettent que la Cour ait procédé à une distinction hasardeuse et n'ait pas plutôt unifié l'intensité du relevé d'office du juge : « La seule solution rationnelle eût été de rompre avec ces distinctions artificielles en apportant un régime unitaire à ces trois opérations intellectuelles intimement liées – changement de qualification des faits et actes litigieux, changement de dénomination de la demande, relevé d'office d'un moyen de droit »⁴⁹². Nous ne pouvons que nous rallier à une telle proposition. De plus, il n'est pas certain que cette position soit infaillible au regard de la notion de moyen de pur droit et qui avait permis de distinguer la jurisprudence en faveur de l'obligation du relevé d'office et celle ne l'étant pas.

178. Au regard de l'égalité des armes. – Cette faculté reconnue au juge de qualifier le fondement juridique, soit de relever d'office un moyen de droit, méconnaît, pour une partie de la doctrine, l'exigence d'une égalité des armes entre les justiciables. Par cette faculté, le juge dispose d'un libre-arbitre quant à l'application ou non du fondement juridique approprié : « L'obligation a sans doute l'avantage d'assurer le respect de l'égalité des justiciables devant la justice car leur sort ne dépendra pas des diligences du juge. Une simple faculté favoriserait au contraire l'arbitraire du juge, en contrariété à la nécessité d'une égalité des armes dans le procès »⁴⁹³.

Tout au long de la controverse jurisprudentielle quant au relevé d'office du juge sera fait un rappel aux « fondations » de l'office du juge qui reposent sur le premier alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile. Chaque solution que la jurisprudence lui aura trouvée, qu'elle le soit au sein des litiges en matière nationale qu'internationale, sera confrontée à cet article auquel il faudra régulièrement revenir pour se rappeler de l'essentiel.

Si la solution n'est pas parfaite au regard des principes, elle va ravir les juges du fond.

⁴⁹² S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, *précité*, p. 431.

⁴⁹³ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF, Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 767, *précité*.

b) Une solution bienveillante à l'égard du juge ?

La solution « Dauvin » est peut être critiquable sur le plan théorique, mais elle présente un intérêt pratique. Les effets de cette décision, qui « [...] soulagera les juges du fond puisqu'ils s'y trouvent exemptés de tout reproche d'incuriosité »⁴⁹⁴ se reportent automatiquement sur les parties et plus particulièrement sur les conseils qu'elles auront choisis. Le juge n'a plus, officiellement, l'obligation de rechercher le fondement juridique le plus efficace et/ou le mieux adapté au litige et aux prétentions des parties.

179. Un allègement supplémentaire à la faveur du pouvoir judiciaire. – Cette décision, en alourdissant le travail des parties, allège celui du juge⁴⁹⁵. Or, cet alourdissement avait déjà été amorcé par l'arrêt « Césaréo »⁴⁹⁶ précédemment rendu le 7 juillet 2006⁴⁹⁷. La redistribution des rôles s'opère donc en « faveur » du juge⁴⁹⁸, dans un souci de « management » de la justice⁴⁹⁹. On comprend dès lors que « ce n'est pas l'office du juge qui a été modifié. Ce sont les parties qui dans leurs écritures doivent désormais qualifier les faits invoqués »⁵⁰⁰. Il ne sera pas question de dispenser les juges de tout reproche « d'incuriosité »⁵⁰¹, mais d'exprimer à l'encontre des parties un reproche « d'incélérité ».

⁴⁹⁴ O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens : à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102, *précité*, reprenant une expression de J. NORMAND, in « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD Civ.* 1996, p. 689.

⁴⁹⁵ Un allègement et un alourdissement proportionnel critiqués : G. BOLARD, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G* 25 Juin 2008, vol. I, n° 26, 156.

⁴⁹⁶ Pour une analyse de l'arrêt *Césaréo* : Cf. note 146 s..

⁴⁹⁷ Ass. Plén. le 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. Ass. plén. 2006, n° 8, p. 21, *précité*.

⁴⁹⁸ Communiqué de la Cour de cassation, « Cette décision se situe dans le sillage d'une évolution marquée par le décret du 28 décembre 1998 et un précédent arrêt rendu par l'assemblée plénière le 7 juillet 2006, qui, redessinant les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil, repose sur l'idée que si le juge doit jouer un rôle actif dans le déroulement du procès, il n'a pas à remplir tous les rôles, et qu'il revient aux parties elles-mêmes, représentées par des conseils professionnels, d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions ».

⁴⁹⁹ Sur l'aspect économique des solutions *Césaréo* et *Dauvin* : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, *précité*, p. 74. Les auteurs considèrent, au regard des arrêts rendus en 2006 et 2007 que : « petit à petit se tisse une toile d'exclusion du justiciable des prétoires. Les intitulés de certains rapports procèdent de la même logique, celle du « new public management » ; ils parlent de « célérité » de la justice, certes en l'associant à l'exigence de « qualité » ; mais leur lecture révèle rapidement le véritable objectif de leurs propositions : réduire de manière drastique le nombre de litiges portés devant les tribunaux, par tous les moyens ».

⁵⁰⁰ G. BOLARD, « Les écritures qualificatives », *JCP G*, 22 mars 2000 n° 3, I, 214.

⁵⁰¹ Formule précitée : O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens : à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102, *précité*, reprenant une expression de J. NORMAND, *précité*.

180. Le protocole de procédure. – Cependant, et dans le souci de voir les juges du fond méconnaître leur mission première qui est celle de trancher le litige en droit, cet « allègement » est aussitôt relativisé par la signature d’un protocole de procédure signé le 11 juillet 2012 entre le tribunal de grande instance de Paris et l’Ordre des avocats du barreau de Paris⁵⁰². Celui-ci rappelle que : « lorsque les parties n’ont pas qualifié leurs demandes, le juge examine les faits, sous tous leurs aspects juridiques, conformément aux règles de droit qui leur sont applicables ».

Mais en répondant à la question du relevé d’office par le « peut », la Cour ne donne aucune réponse claire et définitive, car cela laisse encore supposer que le juge relèvera parfois un moyen de droit, et parfois non. Aucune garantie pour les plaideurs qui, face au juge, seront toujours dans l’incertitude. L’arrêt « Dauvin » privilégie une faculté. La jurisprudence n’imposant pas au juge de requalifier le fondement juridique de la demande, c’est à travers ce résumé simpliste du procès civil : « Donne-moi le fait et aussi le droit »⁵⁰³, qu’on doit admettre que le droit n’est plus seulement du ressort du juge, comme le fait n’est plus seulement celui des parties. Une redistribution des rôles que le professeur J. NORMAND a expliqué : « Ainsi le juge n’est-il pas enfermé dans une complète passivité en ce qui concerne l’allégation des faits. D’une façon secondaire, il est vrai, et diffuse, il contribue à l’apport de ces derniers. Réciproquement, les parties ne sont pas étrangères au droit. Le juge n’a pas sur celui-ci de monopole »⁵⁰⁴.

Au « bouleversement fondamental des principes directeurs du procès »⁵⁰⁵, il faut y ajouter les règles issues des principes directeurs. De ces principes, il faut surtout s’en rappeler d’un : celui de la contradiction qui se confronte toujours à l’office du juge pour en limiter l’étendue.

⁵⁰² Protocole de procédure civile de l’ordre des avocats de Paris signé le 11 juillet 2012 par le Bâtonnier de l’Ordre des avocats de Paris, le Procureur de la République près le TGI de Paris et la Présidente du TGI de Paris, p. 4.

⁵⁰³ H. CROZE, « Da mihi factum jusque », *Revue Procédures*, octobre 2006, n° 10.

⁵⁰⁴ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès. - Office du juge. - Fondement des prétentions litigieuses », *JCP Proc.*, 30 juin 2010, Fasc. 152.

⁵⁰⁵ H. CROZE, « Da mihi factum jusque », *Revue Procédures*, octobre 2006, n° 10, *précité*.

181. Attention, les prétentions sont indisponibles. – Si le juge peut requalifier le fondement juridique, il ne peut pas modifier le résultat économique et social voulu par les parties ; une jurisprudence constante considère que l'objet du litige, constitué par les prétentions des parties, ne peut pas être modifié par le juge⁵⁰⁶. A ce sujet, Monsieur MARTIN a souligné la mise en péril du principe dispositif par l'application de l'article 12 du CPC à l'article 4 du même code. C'est cette limite posée par l'objet du litige qui va ressurgir à l'occasion de l'application par le juge de la réglementation relative aux clauses abusives.

Dans les arrêts cités précédemment, il semble que le juge n'accorde la requalification de la prétention que lorsque le fondement juridique ne coïncide pas avec elle (une demande de résiliation qui ne coïnciderait pas avec un consentement vicié par violence, une action de droit commun qui ne coïnciderait pas avec un jugement d'homologation, etc.). La requalification de la prétention ne dépend pas du bon vouloir du juge, mais des éléments de faits et de droit formant le litige. Elle n'anéantit pas le principe dispositif en ce qu'elle vise à répondre aux véritables attentes des parties (les juges usant de formules telles que : « l'arrêt a interprété la demande » ou « lui ayant restitué sa véritable qualification », etc.). En redonnant aux prétentions leur véritable qualification, le juge ne modifie pas l'objet de la demande, il ne fait que le corriger.

182. L'accroissement du relevé d'office du juge aurait pu être critiqué au regard du principe de l'indisponibilité de l'objet du litige ; pourtant il n'en est rien, car si le juge relève d'office des moyens de droit, il ne change pas la demande et n'accorde pas plus que ce qui est demandé par les parties : le résultat est le même, ce sont simplement ses chances d'aboutissement qui sont modifiées par l'action du juge.

Alors que la jurisprudence française avait décidé que le juge n'était pas tenu à une obligation de changer le fondement juridique de la demande⁵⁰⁷, la jurisprudence va accepter qu'une obligation du relevé d'office soit reconnue à l'égard du juge dans le domaine particulier de la règle de conflit de lois. Dans quelle mesure le juge devra-t-il exercer son office dans un litige confronté à l'application d'une loi étrangère ? Pour MOTULSKY, la conclusion s'imposait avec évidence : « il résulte que la loi déclarée applicable a vocation à

⁵⁰⁶ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 1978, n°76-13.340, Bull. civ. 1978 I, n°43, p. 38 ; Cass, 3^e civ. 22 février 1995, n°93-13.346, Bull. civ. 1995 III, n° 55, p. 38 ; Cass, 2^e civ. 3 octobre 2002, n° 01-00.361, Bull. civ. 2002 II, n°201 ; Cass, 3^e civ. 14 janvier 2004, n°01-12.510, Bull. civ. 2004 III, n° 8, p. 5 ; Cass, 1^{re} civ. 6 mars 2013, n°12-12.338, Inédit, *M. X c/ Mme Y, D* ; *Gaz. Pal. chron.*, 25 mai 2013, n° 145, p. 32, note C. BLÉRY ; Cass, 1^{re} civ. 10 juillet 2013, n° 12-15.885, Inédit.

⁵⁰⁷ Cf. : Arrêt *Dauvin* précédemment développé (Cf. : note 170 s.).

régir le litige au même titre, que ce soit la loi interne ou une loi étrangère. C'est ce qui explique que le processus mental du juge demeure le même : l'opération est à tous égards intrinsèquement identique »⁵⁰⁸.

L'étude se poursuit par cette question, car lorsqu'il tranche le litige, le juge doit évidemment appliquer la règle de droit qui s'impose. Or, la loi étrangère est une règle de droit.

⁵⁰⁸ Propos rapportés par C. BLÉRY et L. RASCHEL, «Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international», *Revue Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 4, *précité*.

SECTION 2

LA CONTROVERSE DE L'OFFICE DU JUGE QUANT À L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS

Si le Code de procédure civile commande au juge de trancher « [...] le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », cette injonction ne présente pas la même problématique d'application lorsque le juge se trouve face à un litige relevant de la règle de conflit de lois, applicable au sein des litiges relevant de la matière internationale.

183. La règle de conflit de lois. – Le droit international privé est une matière complexifiée par la multiplication des échanges commerciaux, et traite de deux types de domaines : le conflit de juridictions et le conflit de lois⁵⁰⁹. Le second appelle une attention particulière. L'article 3 du Code civil⁵¹⁰ est l'outil majeur de la règle de conflit de lois, voire le « texte pivot du droit international privé »⁵¹¹, puisqu'il permettra de définir quelle devra être la loi applicable dans un litige portant sur l'état ou la capacité des personnes, comme par exemple la nationalité ou la filiation.

La règle de conflit de lois s'impose au juge lorsqu'il tranche un litige impliquant au moins un élément d'extranéité⁵¹², d'autant plus que depuis un arrêt du 13 janvier 1993 la loi étrangère est élevée au rang des « règles de droit applicables » devant permettre au juge de trancher le litige en droit⁵¹³. Si la règle de conflit se met en marche, cela ne signifie pas pour autant que c'est la loi étrangère qui s'appliquera, mais cet élément d'extranéité remettra simplement en question l'application de la loi française pour le règlement du litige par le juge. Ce dernier devra donc s'en remettre à la règle de conflit de lois pour savoir quelle sera la loi applicable au litige qui lui est soumis.

⁵⁰⁹ Pour un rapprochement des deux notions à travers l'administration de la preuve : M.-L. NIBOYET, « Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, p. 363, *précité*.

⁵¹⁰ Article 3 du Code civil, inséré au titre préliminaire du code : « De la publication, des effets et de l'application des lois en général » : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

⁵¹¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, n° 8, p. 125.

⁵¹² Pour une explication plus poussée de « [...] la place particulière de la figure du juge dans l'étude des conflits de lois » : P. COURBE, « Le juge, la jurisprudence et le droit international privé », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 187.

⁵¹³ Cass, 1^{re} civ. 13 janvier 1993, n° 91-14.415, Bull. civ. 1993 I, n° 14 p. 10, *Coucke*.

184. Illustrations. – A titre d'exemple, l'article 311-4 du Code civil prévoit que : « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ». Dès lors, si une question de filiation est portée devant le juge français, et que la loi personnelle de la mère est étrangère, la règle de conflit de lois aura vocation à s'appliquer. Ou encore, l'article 309 du même code prévoit que la loi française s'applique en matière de divorce et de séparation de corps lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française, ou lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français, ou encore lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps. Dans ces hypothèses, la loi du for doit s'appliquer. Enfin, il peut encore s'agir d'un élément d'extranéité inséré dans un rapport contractuel entre un professionnel et un consommateur, comme par exemple la nationalité étrangère de la société professionnelle cocontractante, ou le lieu où les parties ont contracté, etc., qui renvoie à la fois à la loi d'autonomie, puisque des difficultés nées du contenu du contrat sont régies par la loi choisie par les parties (*lex contractus*), tandis que celles nées de la forme du contrat le sont par la loi du pays dans lequel il a été conclu (*locus regit actum*), à défaut pour les parties d'en avoir désignée une autre.

Une fois la question de la loi applicable résolue, le juge n'aura pas pour autant tranché le litige, car il devra encore appliquer celle que lui aura justement dicté la règle de conflit pour résoudre le litige⁵¹⁴. La règle de conflit est donc d'une grande importance et va définir l'issue du procès puisqu'elle peut faire basculer le litige en fonction de la loi désignée.

La règle de conflit de lois est donc une règle neutre qui n'a pas vocation à prendre en comptes, ni les intérêts des parties, ni la solution du litige quelle qu'elle soit. Cependant, sa

⁵¹⁴ Pour un exemple d'arrêts dans lesquels la Cour avait cassé, au visa de l'article 3 du Code civil, ceux rendus par des juges du fond dans lesquels ils n'avaient pas fait une bonne application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois : Cass, 1^{re} civ. 24 nov. 1998, n° 96-15.078, Bull. civ. 1998 I, n° 327, p. 226 : « Vu l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'il incombe au juge français qui applique une loi étrangère de rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'Etat concerné » ; Cass, 1^{re} civ. 8 décembre 1998, n° 95-15.938, Bull. civ. 1998 I, n° 344, p. 237 : « Vu l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans procéder à la mise en œuvre de la loi étrangère qu'elle déclarait applicable, ce qui impliquait qu'elle en recherche le contenu, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé » ; Cass, 1^{re} civ. 28 juin 2005, n° 00-15.734, Bull. civ. 2005 I, n° 289, p. 240 : « Vu l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger » ; Cass, 1^{re} civ. 27 mai 2010, n° 09-14.881, Bull. civ. 2010 I, n° 121 : « Vu l'article 311-14 du code civil, ensemble l'article 3 du code civil ; Qu'en statuant ainsi, par application de la même loi, sans rechercher quelle était la loi personnelle de Y..., mère de Pierre Antoine X..., au jour de la naissance de celui-ci, le 25 septembre 1934, ni quel était le contenu de cette loi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

neutralité va être remise en cause indirectement par l'usage qu'en fera le juge. La portée de la règle de conflit de lois en sera bousculée.

185. Portée de la notion de la règle de conflit de lois. – Le droit de la consommation, élevé au rang du droit international à travers les échanges du commerce international et de la consommation transfrontalière qui se sont multipliés dès le XX^e siècle, implique que se pose parfois la question la règle de conflit de lois à l'occasion des litiges entre les consommateurs et les professionnels. Or, l'office du juge en droit de la consommation s'inscrit dans une démarche particulière en raison de la faiblesse reconnue au consommateur⁵¹⁵. Ce pouvoir se heurte à la règle de conflit de lois. L'application de la loi étrangère aux litiges du droit de la consommation sera observée à la lumière de la procédure civile, du droit de la consommation mais aussi et surtout à travers des litiges relevant de matières voisines telles que le droit de la famille et le droit de la nationalité par exemple. Ces matières, si elles sont extérieures à la question de l'office du juge en droit de la consommation, l'influencera néanmoins puisque les réponses qui seront données à leur niveau seront reprises par la Cour pour le compte du droit de la consommation.

La règle de conflit de lois aura un impact sur la résolution des litiges du droit de la consommation en matière internationale et notamment sur la portée de l'office du juge. L'application de la règle de conflit de lois (§1) est riche en débat. Il y sera toutefois trouvé une solution au terme d'une évolution rythmée de la jurisprudence (§2) qui évoluera sous l'empire de la notion d'ordre public⁵¹⁶.

§1. Controverse jurisprudentielle quant à l'application de la règle de conflit de lois

Quand la question de l'application par le juge de la règle de conflit de lois est évoquée, il est question du relevé d'office par le juge de moyens de droit. Le pouvoir du relevé d'office est acquis au regard de l'étude de la procédure civile. Pour savoir si le juge a l'obligation ou la simple faculté de relever d'office un moyen de droit, le juge combine la notion d'ordre public avec celle de la règle de conflit de lois à travers l'arrêt « Bisbal » (I).

⁵¹⁵ Cf. note 12.

⁵¹⁶ Cf. note 43.

Cette jurisprudence, qui présentait des lacunes dans la question de la portée de l'office du juge montre finalement ses limites qui se traduisent par un double affaiblissement (II).

I. La jurisprudence « Bisbal »

Dès 1959, la jurisprudence « Bisbal » entre dans le débat (A). Sa portée (B) justifie qu'on y porte de l'intérêt.

A. La solution « Bisbal »

186. En matière internationale, la première chambre civile de la Cour décide, le 12 mai 1959⁵¹⁷, que « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère ».

En l'espèce, les époux Bisbal tous deux espagnols et séparés de corps, avaient vu leur situation familiale reconvertie en divorce en vertu du droit français, alors que le droit espagnol, à l'époque, prohibait le divorce. A la suite d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel qui avait confirmé cette reconversion, s'était posée la question de savoir si la situation des époux Bisbal ne relevait pas plutôt du droit espagnol, ce qui remettait en cause la reconversion effectuée. Les juges auraient dû, selon le moyen au pourvoi, relever d'office la nationalité des époux, car la règle de conflit de loi était applicable en l'espèce en vertu de l'élément d'extranéité que présentait la nationalité des époux. Or, l'argument principal, balayé par la Cour, tenait à la qualifier d'ordre public, en raison de la qualité de la règle de conflit de lois, que les juges auraient dû l'appliquer d'office. Les parties n'avaient pas introduit dans le litige le fait tiré de leur nationalité. Le moyen au pourvoi considère que ce fait était entré dans le débat dès lors que les parties s'étaient présentées devant le juge, et que leur nationalité, attachée aux parties, était elle aussi automatiquement entrée dans le débat. Selon le moyen au pourvoi, les juges « [...] avaient tous les éléments utiles pour constater la nationalité des époux [...] ». La Cour répond par la négative : la règle de conflit n'est pas d'ordre public ; elle doit être considérée comme un élément de pur fait ne pouvant être pris en compte par le juge si les parties ne l'ont pas invoquée.

⁵¹⁷ Cass, 1^{re} civ. 12 mai 1959, Bull. civ. 1959 I, n° 236, p. 199, *époux Bisbal*.

B. La portée de la solution « Bisbal »

187. Règle de conflit de lois et ordre public. – La formulation est intéressante en ce qu'elle semble ouvrir la porte de l'exception lorsqu'elle conclut que les règles de conflit de lois « [...] n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application [...] ». Cela signifie que si les parties ne doivent ou ne peuvent pas invoquer un moyen, alors le moyen en question est d'ordre public.

Elle ne donne pas une définition de la règle de conflit de lois en la qualifiant d'ordre public, mais elle considère qu'elle fait partie des dispositions d'ordre public dès lors que les parties doivent l'invoquer. Etrangement, et pour justifier sa solution, la Cour tire les conséquences d'un fait à revers, le fait étant ici l'invocation du moyen par les parties. Elle finira donc par rejeter le moyen en décidant que les juges du fond n'avaient pas à faire une application d'une règle de conflit de lois qui n'avait pas été invoquée par les parties.

La question du relevé d'office doit donc être distinguée selon qu'il s'agit de faits ou actes dans le débat (1) ou selon que l'on se place sur le terrain de la notion d'ordre public (2).

1° Le relevé d'office des faits ou actes dans le débat

188. L'élément d'extranéité dans le débat. – Cet arrêt se justifie au regard de la notion précédemment évoquée de faits ou actes « dans le débat »⁵¹⁸. En effet, l'arrêt nous dit, *a contrario* que si les parties avaient fait entrer dans le débat l'élément d'extranéité permettant l'application de la loi étrangère, en l'invoquant en tant que moyen de défense, alors le juge aurait été effectivement amené à le relever d'office. C'est sur ce point notamment que la doctrine avait salué la « souplesse » apportée par cette jurisprudence aux situations de faits⁵¹⁹. En effet, la complexité que présente l'application d'une loi étrangère à un litige permet de comprendre la dispense faite au juge d'une obligation de la relever d'office.

L'intérêt de cette solution est qu'elle met en lien la règle de conflit avec l'office du juge par le biais de l'ordre public, mais aussi la question du relevé d'office du juge avec la notion d'ordre public.

⁵¹⁸ La solution rappelle la distinction faite par la Cour entre les éléments produits par les parties et ceux invoqués (Cf. note 97 s.)

⁵¹⁹ A. BOLZE, *Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français*, in *Le monde du droit - Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, sous la dir. de P. COURBE, et al., Economica, 2008, p. 99, *précité*.

2° Le relevé d'office de la notion d'ordre public

189. L'obligation du relevé d'office. – Elle conclut que si le moyen tiré de l'application de la loi étrangère était « d'ordre public », il aurait dû être relevé d'office par le juge : « [...] n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application [...] ». Il ressort de cet arrêt que le juge se sert de la notion d'ordre public dès la fin des années cinquante pour dire qu'il est parfois tenu de relever d'office le moyen de droit, et parfois seulement autorisé.

L'expression employée par le juge (« on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère ») ouvre la question de la faculté ou de l'obligation du juge d'appliquer d'office la loi étrangère. La Cour y répond puisqu'elle suppose, par cet énoncé, que le juge est investi d'un devoir de relevé d'office lorsqu'il se trouve devant une disposition d'ordre public, et qu'il a, à l'inverse, la faculté de relever d'office la disposition qui n'est pas d'ordre public.

La jurisprudence « Bisbal » fut néanmoins abandonnée dès les années 60 de deux manières et une réponse à la question de l'application de la règle de conflit sous couvert de l'ordre public montra ses premières lueurs.

II. Le double affaiblissement de la solution « Bisbal »

La réponse apportée par la solution rendue en 1959, motivée par « [...] la crainte de faire peser de trop lourdes tâches aux juges du fond dans le domaine de la connaissance du droit étranger [...] » et « [...] la peur de générer une inflation de pourvois [...] »⁵²⁰ fut vite affaiblie au sein de la jurisprudence (B) pour finir par être abandonnée par soucis de cohérence avec les textes. Cette incohérence fera l'effet d'un affaiblissement de cette position du juge de 1959 à la fois au niveau législatif (A), présentant les caractéristiques d'un « double » renversement de la jurisprudence désormais remise en cause.

⁵²⁰ B. FAUVARQUE- COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, n° 8, p. 125, *précité*.

A. Un affaiblissement législatif de la jurisprudence « Bisbal »

Cette jurisprudence s'est vue affaiblie tout naturellement avec l'entrée en vigueur du Nouveau code de procédure civile, et notamment par ses dispositions liminaires issues de l'article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile (1) et 12, alinéa 1^{er} du même code (2).

1° L'article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile

Un bref rappel quant à la notion des faits adventices (a) permettra de saisir la portée de l'article 7, alinéa 2 du CPC au regard de l'arrêt « Bisbal » (b).

a) Le rappel des faits adventices

190. Règle de conflit de lois et faits adventices. – L'article 7, alinéa 2 du CPC avait révélé son influence sur l'office du juge quant aux faits⁵²¹. Puisqu'il permet au juge de prendre en considération des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqué au soutien de leurs prétentions, le juge peut donc retenir un élément de fait adventice tout en respectant le principe dispositif. Si la règle énoncée en son premier alinéa prévoit que : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat », véritable limite posée à l'office du juge, le deuxième précise que : « Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». Le juge n'est pas totalement subordonné à l'office des parties, et n'a plus besoin d'attendre d'elles qu'elles lui fournissent, en les invoquant, les faits qui lui permettront de relever d'office le moyen de droit pour trancher le litige. Au regard de l'article 8 du CPC⁵²² le juge peut s'extraire de la jurisprudence « Bisbal », de la même manière qu'avec l'article 7, alinéa 2 du code, en invitant les parties à présenter des explications supplémentaires.

La mise en jeu de cet article aurait pu être le moyen de faire entrer l'élément d'extranéité dans le débat afin de mettre en jeu la règle de conflit.

⁵²¹ Cf. : note 122.

⁵²² Article 8 du Code de procédure civile, *précité* : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

b) La portée de l'article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile au regard de l'arrêt « Bisbal »

191. Les « lacunes » de l'arrêt « Bisbal ». – C'est donc bien le second alinéa qui ouvre le champ du relevé d'office et le rend possible. Il ne pourra pas être reproché au juge de prendre en considération des faits non invoqués par les parties. Cet article fragilise la décision prise par les juges qui font dépendre dans l'arrêt « Bisbal » le pouvoir du relevé d'office du juge de l'invocation par les parties du moyen à relever. En effet, les juges avaient décidé que pour relever le moyen, il fallait que ce dernier soit d'ordre public ; s'il ne l'était pas, le juge ne pouvait le relever d'office que si les parties l'avaient invoqué. Si l'article 7, alinéa 2 du CPC rend nulle la seconde hypothèse, cela suppose que le juge devrait toujours relever d'office le moyen. Dans l'arrêt « Bisbal », le moyen au pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de confirmation de la Cour d'appel aurait donc peut-être pu aboutir, puisqu'il reprochait aux juges de ne pas avoir pris en compte un moyen qui était implicitement entré dans le débat.

La seule limite réside dans la première partie du second alinéa (« Parmi les éléments du débat [...] ») qui exige que le moyen relevé soit tout de même au moins tiré de faits issus du débat. Or, cette exigence ne devrait pas poser de problème au juge lorsqu'il envisagera de relever d'office le moyen de droit tiré de la règle de conflit. En effet, cette dernière découlera nécessairement de faits intégrant dans le litige un élément d'extranéité qui permettra de relever d'office le moyen de droit tiré de l'application de la règle de conflit, et ce, tout en restant dans le débat⁵²³. Toujours est-il que le juge n'a pas l'obligation de retenir des faits adventices (« le juge peut ») ; en ce sens, on ne peut effectivement pas reprocher au juge de ne pas l'avoir fait⁵²⁴.

C'est encore l'article 12 du Code de procédure civile qui confronte le juge à sa mission dans le procès civil et apporte un autre affaiblissement à la jurisprudence « Bisbal ».

⁵²³ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^e éd., Précis Dalloz, 1999, p. 497.

⁵²⁴ C. BLÉRY et L. RASCHEL, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Revue Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 4, *précité* : « [...] l'article 7, alinéa 2, du Code de procédure civile s'oppose à une telle obligation et vient restreindre l'office du juge. Il n'est donc pas possible de soutenir que le code oblige le juge à relever la règle de conflit ».

2° Article 12, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile

192. L'incohérence de la jurisprudence. – Sans revenir en détail sur la portée de l'article 12 sur le relevé d'office du juge⁵²⁵, il faut confronter cette disposition à la solution « Bisbal ». Le premier alinéa du texte impose au juge de faire une application des règles de droit. On comprend mal de quelle manière, le juge, en 1959, avait pu décider « [...] qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère ». La doctrine se demande, en confrontant le texte avec cette jurisprudence, comment la règle de conflit de lois a pu sortir du champ « des règles de droit » dont le juge doit tenir compte lorsqu'il tranche un litige⁵²⁶. Une incompréhension qu'exprime A.BOLZE, lorsqu'il compare l'exercice de l'office du juge dans les litiges en matière nationale et internationale⁵²⁷. De plus, la solution de l'arrêt « Bisbal » vient déroger aux principes du droit du procès puisqu'elle « [...] suppose [...] que le juge connaisse la loi applicable au litige pour savoir s'il doit l'appliquer »⁵²⁸. Ce raisonnement n'est normalement pas celui du juge lorsqu'il tranche le litige conformément aux règles de droit applicables.

La solution de l'arrêt « Bisbal » avait été critiquée sur la distinction opérée entre les droits disponibles et indisponibles à travers la notion d'ordre public. Selon les termes employés : « Les règles françaises de conflit de lois [...] n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application [...] ». Pour la doctrine, il faut généraliser l'obligation pour le juge de relever d'office la règle de conflit sans distinction de la nature des droits, ce que semble exiger le Code de procédure civile⁵²⁹. Au regard de la solution rendue dans l'arrêt « Bisbal », la doctrine en avait conclu que « la règle de conflit se trouvait donc être une règle dépourvue de sanction, une *lex imperfecta* ou encore facultative »⁵³⁰.

⁵²⁵ Pour une analyse de cet article au regard de l'office du juge : cf. note 131 s.

⁵²⁶ Pour une étude de la règle de conflit de lois au regard de son appartenance au domaine des faits et/ou du droit : A. BOLZE, « Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français », in *Le monde du droit - Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, sous la dir. de P. COURBE, et al., Economica, 2008, p. 99, *précité*.

⁵²⁷ *Ibid* : « A première vue, il est tout à fait étrange de soutenir qu'une question de procédure comme l'office du juge puisse varier selon que la règle de droit applicable au litige est française ou étrangère car la position du juge vis-à-vis du droit est procéduralement toujours la même. Dans tous les cas en effet, l'office du juge consiste à appliquer au litige la règle de droit dont il relève ».

⁵²⁸ *Ibid*.

⁵²⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, n° 8, p. 125, *précité*.

⁵³⁰ E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », *JCP Civ.* 14 décembre 2010.

Malgré ces critiques tirées de la procédure civile à laquelle les litiges relevant de la matière internationale sont soumis, la jurisprudence va ensuite renverser celle de 1959.

B. Un affaiblissement jurisprudentiel de la solution « Bisbal »

La jurisprudence « Bisbal » qui limitait l'office du juge à la demande des parties de l'application de la règle de conflit de lois est enfin remise en cause (1), tandis que l'immixtion des conventions internationales dans la question de l'office du juge (2) affaiblit la jurisprudence « Bisbal ».

1° La remise en cause de l'exigence de la demande des parties

Divers arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation vont illustrer la remise en cause de la jurisprudence « Bisbal » qui limitait le relevé d'office à la demande des parties.

193. Arrêt « CACB ». – Le mouvement de remise en cause de la jurisprudence « Bisbal » de 1959 sera amorcé dès 1960 par un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour qui décidera le 2 mars 1960⁵³¹ que les juges du fond ont la faculté d'appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois, même si elle n'a pas été invoquée par les parties : « On ne peut plus dire aujourd'hui qu'il est excessif d'exiger du juge la connaissance des lois étrangères »⁵³². Cette possibilité ne leur est plus limitée par la demande des parties. Cet arrêt avait été fortement critiqué en ce qu'il laissait libre cours à l'arbitraire du juge dans le relevé d'office de la règle de conflit.

194. Arrêt « Bertoncini ». – Le 11 juillet 1961⁵³³, un arrêt avait confirmé cette jurisprudence favorable à l'occasion d'un litige similaire à celui tranché par le juge en 1959. En l'espèce, il s'agissait d'un divorce prononcé entre les époux Bertoncini de nationalité italienne, et qui reprochaient aux juges du fond d'avoir appliqué la loi française pour le faire alors que la loi italienne n'autorisait pas le divorce.

⁵³¹ Cass, 1^{re} civ. 2 mars 1960, Bull. civ. 1960 I, n°143, CACB (*Compagnie algérienne du crédit et de banque*).

⁵³² Propos rapportés du professeur A. PILLET dont l'opinion est conforme à cette jurisprudence en droit ; A. BOLZE, « Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français », in *Le monde du droit - Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, sous la dir. de P. COURBE, et al., Economica, 2008, p. 99, *précité*.

⁵³³ Cass, 1^{re} civ. 11 juillet 1961, Bull. civ. 1961 I, n° 392, Bertoncini.

Tout en confirmant sa jurisprudence tranchant avec celle dite « Bisbal », la Cour décide que le juge n'a pas le pouvoir de prendre en considération des faits qui ne sont pas dans le débat, puisqu'ici les époux n'avaient invoqué l'application de la loi italienne que devant la Cour de cassation. Selon la Cour, un tel moyen, « mélangé en fait et en droit », ne peut donc pas être accueilli : « Mais attendu [...] que ni l'une ni l'autre des parties n'ont à aucun moment devant les juges du fond, fait valoir leur commune nationalité, ni demandé l'application de la loi italienne ; Que le moyen, pris de la compétence de cette loi pour régir le litige comme de son contenu différent de celui de la loi française, présente pour la première fois devant la Cour de cassation, est mélangé de fait et de droit et partant irrecevable »⁵³⁴. Cette solution avait été critiquée en ce qu'elle revenait à la jurisprudence « Bisbal ». Mais sa particularité est qu'elle justifie le fait d'avoir fait une application de la loi française et non pas de celle italienne désignée par la règle de conflit de lois : pour cela elle se borne à édicter la règle selon laquelle un moyen mélangé en fait et en droit est irrecevable s'il a été formulé pour la première fois devant la Cour de cassation.

195. Arrêt « Jouandeau ». – Le 25 janvier 1967⁵³⁵, un retour à la jurisprudence « Bisbal » est « suspecté » dans un arrêt à l'occasion duquel la Cour approuve un jugement rendu par les juges du fond qui, ayant constaté que la loi étrangère aurait eu vocation à s'appliquer après mise en jeu de la règle de conflit de lois, ont fait le choix de régler le litige au regard de la loi française.

Cette décision est validée par la première chambre de la manière suivante : « Qu'ayant souligné qu'elle ne possédait aucun renseignement sur la teneur de la législation vietnamienne, et que les parties n'avaient ni l'une ni l'autre réclamé l'application de la loi vietnamienne, la Cour d'appel a justement décidé qu'elle n'était tenue ni de rechercher, ni d'appliquer d'office cette loi étrangère »⁵³⁶. Le relevé d'office de la règle de conflit n'est plus seulement cantonné à la demande des parties mais aussi à l'appréciation du juge. Ce dernier avait d'abord, avant même de préciser que les parties n'en avaient pas réclamé l'application, estimé que l'application de la loi vietnamienne était inopportune pour régler le litige : « Qu'ayant souligné qu'elle ne possédait aucun renseignement sur la teneur de la législation vietnamienne [...] ». Le relevé d'office du moyen tiré de la règle de conflit de lois est une faculté dont le juge peut librement se saisir.

⁵³⁴ La Cour confirme ainsi une solution rendue par la même chambre le 18 mars 1957, Bull. civ. 1957 I, n° 138, p. 114.

⁵³⁵ Cass, 1^{re} civ. 25 janvier 1967, Bull. civ. 1967 I, n° 35.

⁵³⁶ Arrêt confirmé par : Cass, 1^{re} civ. 4 mars 1969, Bull. civ. 1969 I, n° 95.

196. Arrêt « Léonard B. ». – Un arrêt rendu le 10 mai 1977⁵³⁷ par la première chambre civile prendra le même chemin, quelques années plus tard, jugeant que : « [...] Léonard B. et les deux fidéicommissaires n'ayant pas soutenu, dans leurs conclusions d'appel, qu'il y avait lieu d'apprécier la validité de la donation du 3 mai 1972, en fonction de la loi de l'Etat de New York, la Cour d'appel n'était pas tenue de rechercher d'office si cette loi était applicable [...] ». En effet, le juge s'était intéressé à la question de savoir si une loi devait être appréciée par les juges dès lors que les parties ne l'avaient « pas soutenu » dans leurs prétentions ; il répond sans surprise par la négative.

La jurisprudence issue des arrêts rendus entre 1960 et 1977 ne tranchent pas totalement avec la jurisprudence « Bisbal » en ce sens qu'ils tissent un lien entre le relevé d'office du juge de la règle de conflit et la demande des parties. Cependant, ils s'en éloignent en n'exigeant plus des parties qu'elles la réclament pour que le juge la relève d'office. Si la formulation de 1959 est la suivante : « Les règles françaises de conflit de lois [...] n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application [...] », elle se lit désormais ainsi : même si les parties n'ont pas réclamé l'application des règles françaises de conflit de lois, ces dernières peuvent être relevées d'office par le juge.

La jurisprudence est maintenant « partiellement » favorable au relevé d'office. Elle pose la première pierre à l'édifice du pouvoir du relevé d'office du juge de la règle du conflit de lois et renvoie aux considérations propres à la procédure civile. Ces arrêts s'attachaient surtout à la question de savoir si les moyens non invoqués par les parties pouvaient être ou non relevés d'office par le juge, fidèles, en cela, à l'article 7, alinéa 2 du CPC, et rappelant par la même occasion le principe.

La demande des parties ne limite pas l'office du juge dans le règlement d'un litige en matière internationale car les conventions internationales doivent être appliquées par le juge pour trancher le litige et participeront de l'affaiblissement de la jurisprudence « Bisbal ».

⁵³⁷ Cass, 1^{re} civ. 10 mai 1977, n° 75-14.412, Bull. civ. 1977 I, n° 215, p. 169.

2° Les conventions internationales et l'office du juge

197. Arrêt « Société Leeds and Bradford ». – Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 mars 1983⁵³⁸, atténue la règle de la jurisprudence « Bisbal » dans les cas où une convention avait prévu de faire jouer la règle de conflit de lois en cas de litige entre les parties. En effet, l'arrêt rendu énonce : « Mais attendu qu'aucune convention internationale ne régissait le rapport de droit litigieux ; Que, la société Leeds and Bradford Boiler Ltd n'ayant pas soutenu dans ses conclusions que la question de sa responsabilité devait être régie par la loi anglaise, la Cour d'appel n'était pas tenue de rechercher d'office si cette loi, qui relevait de l'autonomie de la volonté des parties, était applicable ».

En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur un litige dans lequel l'une des parties se prévalait de la garantie des vices cachés. La société en cause reprochait aux juges du fond d'avoir appliqué la loi française pour rejeter le fondement de la garantie des vices cachés motif pris de la tardiveté de l'action⁵³⁹. La société avait tenté de démontrer que l'ensemble des faits présents dans le débat impliquaient que le litige devait être tranché selon le droit anglais.

198. La solution de la Cour. – La Cour livre deux précisions : elle dit d'abord, faisant ainsi application de la règle de conflit de lois, « [...] qu'aucune convention internationale ne régissait le rapport de droit litigieux [...] », pour ensuite rejeter l'application de la loi anglaise qui n'avait pas été invoquée. Cette solution suppose que la convention internationale prévaut ici sur la loi anglaise ; la décision du juge implique que si le litige avait été soumis à une convention internationale, alors le juge aurait été contraint de la relever d'office.

Enfin, en rejetant l'application de la loi anglaise au litige au motif qu'elle n'avait pas été invoquée par la société, la Cour marque son attachement, d'une certaine manière à la jurisprudence « Bisbal » : les deux arrêts précisent que si le moyen tiré de la règle de conflit de lois n'est pas d'ordre public, ce sont aux parties d'en invoquer l'application pour que le juge puisse le soulever d'office. Dans cette idée, l'arrêt précise « [...] que la Cour d'appel n'était pas tenu de rechercher d'office si cette loi, qui relevait de l'autonomie de la volonté des parties, était applicable [...] ». En effet, *a contrario*, si la loi ne relevait pas de l'autonomie de la volonté des parties, elle aurait dû être relevée d'office par le juge puisqu'alors, elle aurait été d'ordre public.

⁵³⁸ Cass, 1^{re} civ. 9 mars 1983, n° 82-10.654, Bull. civ. 1983 I, n° 92.

⁵³⁹ Étant entendu que l'ancienne disposition régissant l'action en garantie des vices cachés exigeait que sa mise en œuvre soit faite dans un « bref délai ».

Deux sous-distinctions apparaissent : celle tenant aux conventions internationales devant être relevées d'office par le juge ; celle tenant à la règle de conflit devant être invoquée par les parties pour être relevée d'office par le juge (reprenant ainsi la jurisprudence issue des années 60). Cette sous-distinction, si elle n'est pas totalement étrangère à la décision rendue en 1959, lui apporte l'atténuation des conventions internationales. La palette des couleurs est donc élargie par cet arrêt de 1983, qui permettra au juge d'affirmer à nouveau sa position le 24 janvier 1984⁵⁴⁰, le 4 mars 1986⁵⁴¹, puis le 10 mai 1988⁵⁴².

§2. Solution jurisprudentielle quant à l'application de la règle de conflit de lois

Une autre atténuation est apportée par la première chambre civile ; elle forme le prélude à la solution rendue par la Cour deux ans plus tard. Le 25 novembre 1986⁵⁴³ et le 25 mai 1987⁵⁴⁴, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir fait une application d'office de la règle de conflit de lois, dans des litiges relevant d'une filiation et d'un divorce. Elle semble faire de ces faits des cas particuliers dans lesquels le juge est contraint et non plus autorisé à faire une application de la règle de conflit de lois. Cette atténuation supplémentaire apportée à la jurisprudence « Bisbal » sera le frémissement d'une

⁵⁴⁰ Cass, 1^{re} civ. 24 janvier 1984, n° 83-10.847, n° 34 : Dans cet arrêt, la convention internationale n'était pas applicable, et le juge avait donc librement décidé, au regard des faits, d'appliquer la règle de conflit de lois française désignant la loi étrangère : « Mais attendu que la Cour d'appel a constaté que l'intention des époux z..., en 1912, avait été de localiser leurs intérêts nécessaires en Italie et de se soumettre à la loi italienne prévoyant pour régime légal celui de la séparation de biens ; Qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision de ce chef, sans avoir à prendre en compte la règle de conflit italienne à laquelle les époux A... n'avaient pas entendu faire référence ».

⁵⁴¹ Cass, 1^{re} civ. 4 mars 1986, n° 83-11.270 et 83-12.418, Bull. civ. 1986 I, n° 57 p. 53 : « Qu'en l'espèce, il résulte des énonciations des juges du fond que les parties n'ont pas invoqué en la cause d'autres lois que celles du droit français en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale, du moins quant aux effets de la vente à l'égard de toutes autres personnes que les parties elles-mêmes, ce qui était le cas ; qu'il s'agissait donc de l'obligation de garantie des vices cachés pesant sur les vendeurs et que son lieu d'exécution était bien celui de la livraison effective du produit dans les locaux de la société Sirena, locaux situés dans le ressort de la juridiction saisie ».

⁵⁴² Cass, 1^{re} civ. 10 mai 1988, n° 86-12.827, Bull. civ. I, n° 135 p. 94 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans se prononcer sur la loi compétente pour régir l'action en résolution de la vente pour livraison non conforme à la commande, ni rechercher la teneur de cette loi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁵⁴³ Cass, 1^{re} civ. 25 novembre 1986, n° 85-11.568, Bull. civ. 1986 I, n° 278, p. 266 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, au besoin d'office, si l'enfant C. n'avait pas été légitimée selon la loi tunisienne, loi personnelle du père, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁵⁴⁴ Cass, 1^{re} civ. 25 mai 1987, n° 85-16.578, Bull. 1987 I, n° 168, p. 127 : « Vu l'article 310 du Code civil, en sa troisième disposition, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que, lorsque deux époux sont étrangers, dont un seul est domicilié en France, leur divorce est régi par la loi étrangère qui se reconnaît compétence ; qu'il résulte du second que le juge français, lorsqu'il est compétent, doit appliquer cette loi à la demande formée devant lui ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la juridiction saisie, compétente, ne pouvait s'abstenir de faire application de la loi espagnole, même si cette loi n'était pas invoquée par la demanderesse et ne l'était par le défendeur que pour faire écarter une demande fondée sur le droit français, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

seconde vague qui viendra déferler sur la question de l'office du juge au regard de la règle de conflit, dès 1988.

La jurisprudence dite « Rebouh-Schule » (I) tente de donner une première réponse à la question de la portée de l'office du juge en matière internationale, mais fera rapidement l'objet d'un revirement de jurisprudence dès 1995 (II).

I. La jurisprudence « Rebouh-Schule »

Deux arrêts rendus en octobre 1988 (A), désignés par la doctrine sous le nom « Rebouh et Schule », se pencheront sur la question. Mais les réponses apportées ne satisferont ni la jurisprudence ni la doctrine (B).

A. Les arrêts d'octobre 1988

Deux arrêts rendus les 11⁵⁴⁵ (1) et 18 octobre 1988⁵⁴⁶ (2) poseront la seconde pierre à l'édifice du relevé d'office du juge en matière internationale.

1° L'arrêt du 11 octobre

199. Dans celui du 11 octobre 1988, il s'agissait pour le juge de savoir si la loi personnelle de la mère, régissant les règles relatives à la filiation, impliquait que devait être relevée d'office la loi algérienne qui était la nationalité de la mère.

La Cour conclut, notamment au visa de l'article 12, alinéa 1^{er} : « Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; qu'en vertu du second, le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; [...] Attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi algérienne, loi personnelle de la mère, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». En l'espèce, la Cour sanctionne les juges du fond pour n'avoir pas appliqué d'office la loi personnelle de la mère dans le litige portant sur une filiation.

⁵⁴⁵ Cass, 1^{re} civ. 11 octobre 1988 n° 87-11.198, Bull. civ. 1988 I, n° 278 p. 190.

⁵⁴⁶ Cass, 1^{re} civ. 18 octobre 1988, n° 86-16.631, Bull. civ. 1988 I, n° 293 p. 199.

2° L'arrêt du 18 octobre

200. Le juge, dans l'arrêt du 18 octobre de la même année devait, quant à lui, trancher un litige relatif aux successions et libéralités en matière internationale. La Cour ne rend pas seulement sa décision au visa de l'article 12 du CPC, puisqu'elle fait aussi apparaître l'article 3 du Code civil.

De cette manière, elle déclare que : « Vu l'article 3 du Code civil et les principes du droit international privé qui gouvernent le droit des successions et des libéralités, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; [...] Et attendu que le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que Max X... avait son dernier domicile en Suisse, sans rechercher, au besoin d'office, quelle suite devait être donnée à l'action de Mme Y... en application de la loi helvétique, la cour d'appel a violé les textes et les principes susvisés ». En l'espèce, dans un litige portant sur une succession, la Cour a à nouveau sanctionné les juges du fond et décidé que c'était la loi du lieu d'habitation qui devait s'appliquer. La Cour aurait pu ne viser que le premier alinéa de l'article 12 ; elle se sert, comme le 11 octobre, de la règle générale imposant au juge de trancher le litige en droit.

201. Des solutions au visa de l'article 12 CPC. – Aucun des deux arrêts rendus en 1988 n'évoque la question de la demande des parties de l'application de la loi étrangère. La Cour de cassation fait ici, et par deux fois, une application d'office de la loi étrangère, mais elle le fait surtout au visa de l'article 12 du Code de procédure civile, et notamment de son premier alinéa. En n'exigeant pas des parties qu'elles invoquent l'application du moyen tiré de la loi étrangère pour que ce dernier soit relevé d'office par le juge, elle fait échapper la loi aux parties.

En effet, elle élève implicitement la loi, ici personnelle, au-dessus de toute autre considération pour en faire une application d'office : on ne se pose même pas la question de savoir si le moyen est d'ordre public ou s'il a été invoqué par l'une des parties. Dans l'esprit de MOTULSKY, la règle que fait prévaloir la Cour est celle tirée de l'article 12 du CPC qui, de manière générale, impose au juge de rechercher la règle de droit (et donc celle de conflit) qui lui permettra de trancher le litige, et ce en contradiction avec les prévisions de l'avocat GAVALDA en 1963⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Rapporté par A. BOLZE, « Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français », in *Le monde du droit - Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, sous la dir. de P. COURBE, et al., Economica, 2008, p. 99, précité : « Jamais on n'admettra que les juges doivent appliquer la loi étrangère. C'est une impossibilité absolue.

202. La Cour pose une autre ligne de conduite selon laquelle le juge est tenu de relever d'office le moyen tiré d'une loi strictement attachée à la personne. Et puisque la Cour ne se prononce pas sur la notion des faits dans le débat, il faut considérer qu'elle s'ajoute aux autres. Cette jurisprudence se heurterait alors à la lettre du Code de procédure civile et plus spécifiquement à l'article 7, alinéa 2 qui, comme nous l'avons vu, autorise une certaine latitude dans le pouvoir du relevé d'office du juge. Si ce texte permettait au juge un plus large champ d'action, il le confinait néanmoins aux moyens tirés de faits « dans le débat ». Mais ce confinement n'a pas été mentionné par la Cour qui ne se prononce pas sur cette question. Il n'est donc pas sûr qu'elle consacre un pouvoir de relevé d'office du juge en violation de cette disposition (d'autant plus que le juge finira par faire sortir la règle de conflit de l'article 7 du CPC⁵⁴⁸).

Ces arrêts remettent en cause la jurisprudence « Bisbal » de façon plus appuyée : le juge ne reprend pas les notions utilisées par le juge en 1959 pour rendre sa décision. Alors que ce dernier estimait qu'il fallait d'abord se demander si l'élément d'extranéité avait été simplement allégué ou spécialement invoqué pour savoir si une règle de conflit de lois devait ou non être relevée d'office, le juge simplifie en 1988 pour rendre une solution totalement contraire.

203. Les droits indisponibles. – Avec la notion de l'ordre public naît celle, voisine, des « droits indisponibles ». Il semble que ce soit avec l'apparition de cette notion, dégagée par la doctrine et la jurisprudence ensemble, que la distinction entre ordre public de direction, qui reflète les droits indisponibles, et l'ordre public de protection, auquel fait référence l'arrêt « Bisbal », a pu voir le jour⁵⁴⁹. Pourtant, la complexité de la notion au sein de la jurisprudence démontrera que l'application pratique de la notion des droits indisponibles ne se fera pas aussi simplement.

Théoriquement, c'est une vue très saine qui fait bel effet, mais ce n'est pas dans l'ordre des choses réalisables ».

⁵⁴⁸ Cass, 1^{re} civ. 13 janvier 1993, n° 91-14.415, Bull. civ. 1993 I, n° 14, p. 10, *Coucke, précité* : « Attendu que, sous couvert de griefs non fondés ou irrecevables de violation de l'article 3 du Code civil et de dénaturation de certificats de coutume, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'application et l'interprétation souveraines par les juges du fond de la loi étrangère laquelle, malgré l'absence de contrôle par la Cour de Cassation, est une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du nouveau Code de procédure civile ».

⁵⁴⁹ Sur la distinction entre ordre public de protection et de direction, Cf. p. 246.

B. La fragilité de la jurisprudence « Rebouh-Schule »

L'arrêt « Coveco » (1) fragilise la jurisprudence « Rebouh-Schule » ; il sera confirmé ensuite par la Cour (2).

1° L'arrêt « Coveco »

204. Le juge, dans un arrêt dit « Coveco », rendu le 4 décembre 1990⁵⁵⁰ toujours par la première chambre civile, est amené à statuer sur un litige portant sur un contrat d'assurance. En l'espèce, deux lois se faisaient face : celle applicable au fond, soit la loi néerlandaise, et celle du for, soit la loi française.

La Cour conclut : « Mais attendu que l'exigence d'un intérêt né et actuel est commandée, en raison de son caractère procédural, par la loi du for, la loi applicable au fond n'étant à prendre en considération que si elle n'accorde pas de droits à celui qui agit en justice; Et attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que les parties, et particulièrement la société Coveco, n'ont pas invoqué sur ce point d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où la société Coveco avait la libre disposition de ses droits ». Dans la même solution, et alors que quelques années auparavant elle n'en avait même pas fait mention, la Cour évoque tour à tour les notions de moyens invoqués par les parties, et de conventions internationales (ces dernières s'étant multipliées à partir des années 1970).

205. Le mode d'emploi de la Cour. – La Cour élabore « un mode d'emploi » du relevé d'office du juge au regard de la règle de conflit de lois avec une échelle des moyens devant être relevés d'office par le juge, avec à sa tête les conventions internationales, puis en cas de droits disponibles, ceux invoqués par les parties. Elle édicte donc une règle à caractère général en exigeant du juge qu'il relève d'office la loi du for pour les litiges relevant de l'intérêt à agir. Cette loi du for évince donc l'élément d'extranéité présent dans le litige (la société Coveco étant néerlandaise).

⁵⁵⁰ Cass, 1^{re} civ. 4 décembre 1990, n° 89-14.285, Bull. civ. 1990 I, n° 272, p. 193.

Elle pose à cette règle des exceptions tirées des moyens invoqués par les parties : « Et attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que les parties, et particulièrement la société Coveco, n'ont pas invoqué sur ce point d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français [...] », mais aussi des conventions internationales : « [...] une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale [...] », pour finir par une notion nouvelle : « une matière [...] où la société Coveco avait la libre disposition de ses droits ». On comprend donc que le juge est tenu de relever d'office le moyen tiré d'une convention internationale régissant la matière objet du litige, et qu'enfin, il ne peut pas le faire lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, sauf si, dans ce cas, elles l'ont invoqué.

Alors que l'arrêt aurait pu s'inscrire en droite ligne des arrêts « Rebouh et Schule » en se contentant de décider que la loi du for prévalait sur celle du fond, édictant ainsi une règle générale, le juge vient adapter le pouvoir du relevé d'office du juge en fonction des situations, variant selon la disponibilité ou non des droits des parties.

2° La confirmation de l'arrêt « Coveco »

206. L'arrêt « Société Menegatti ». – La jurisprudence insufflée par l'arrêt « Coveco », et dans l'esprit du Doyen H. BATIFFOL⁵⁵¹, est très rapidement confirmée mais de façon timide le 18 décembre 1990 par la même chambre⁵⁵² puisque cette dernière conclut, à l'occasion d'un litige portant sur un contrat de vente : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le vendeur-fabricant avait sa résidence habituelle en Italie, sans se prononcer, au besoin d'office, sur la loi compétente pour régir l'action en résolution de la vente pour livraison non conforme à la commande, ni rechercher la teneur de cette loi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Sans l'admettre expressément, lorsque la Cour déclare que : « [...] le vendeur-fabricant avait sa résidence habituelle en Italie [...] », elle sous-entend que les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Cela aurait dû amener le juge à faire jouer la règle de conflit de lois qui veut, selon la jurisprudence, que les conventions internationales priment sur les autres règles de droit (lorsque les parties n'en ont pas la libre disposition) ; il s'agissait, en l'espèce, de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 régissant les contrats de vente à

⁵⁵¹ A. BOLZE, « Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français », in *Le monde du droit - Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, sous la dir. de P. COURBE, et al., Economica, 2008, p. 99, *précité*.

⁵⁵² Cass, 1^{re} civ. 18 décembre 1990, n° 89-12.177, Bull. civ. 1990 I, n° 297, p. 208, *Sté Menegatti*.

caractère international d'objets mobiliers corporels alors que les juges du fond avaient appliqué l'article 1184 du Code civil.

Si cet arrêt met en avant la convention internationale, il ne contredit pas l'arrêt « Coveco », puisque sa solution ne remet pas en cause la faculté désormais reconnue au juge de relever d'office la règle de conflit de lois lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits.

207. L'arrêt « Sarkis ». – Il n'a fallu qu'une année pour que la première chambre civile réaffirme franchement sa jurisprudence « Coveco », dans un arrêt rendu le 10 décembre 1991⁵⁵³, en des termes identiques à ceux tenus en 1990 : « Mais attendu, d'abord, qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que les parties, et particulièrement M. X..., n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où elles avaient la libre disposition de leurs droits ».

208. L'arrêt « Maklhoul ». – Plus tard, dans un arrêt rendu le 18 novembre 1992⁵⁵⁴, le juge est amené, tout comme le 11 octobre 1988, à régler un litige relatif à une question de filiation. Il conclut que : « Vu l'article 311-14 du Code civil, ensemble l'article 12, alinéa 1^{er}, du nouveau Code de procédure civile ; Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; qu'en vertu du second, le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; [...] Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi algérienne, loi personnelle de la mère - dont la nationalité était mentionnée dans la décision prononcée en première instance et dans diverses pièces de procédure -, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Dans cet arrêt, le juge reprend implicitement la notion utilisée plus tôt dans l'arrêt « Coveco », pour justifier ici sa décision d'imposer au juge le relevé d'office de la loi personnelle de la mère. Dans l'arrêt dit « Coveco », la Cour, en déclarant que les droits en cause étaient disponibles, avait présenté le relevé d'office de la règle de conflit comme étant facultatif pour le juge ; avec l'arrêt « Maklhoul », la solution s'inverse : face à des droits dont on comprend qu'ils sont indisponibles (loi personnelle de la mère), le juge est tenu de les relever d'office.

⁵⁵³ Cass, 1^{re} civ. 10 décembre 1991, n° 90-11.520, Bull. civ. 1991 I, n° 346, p. 226, *Sarkis*.

⁵⁵⁴ Cass, 1^{re} civ. 18 novembre 1992, n° 90-15.275, Bull. civ. 1992 I, n° 282, p. 185, *Maklhoul*.

En réalité, la difficulté de ces arrêts, fondés sur la notion de la « libre disposition des droits » est qu'il n'existe pas de texte pour définir la notion ; il est impossible de déterminer les droits disponibles et ceux qui ne le sont pas. C'est la jurisprudence qui le dira ponctuellement, à l'occasion des litiges qu'elle connaît, mais on peut déjà s'apercevoir qu'elle semble ériger les droits liés à l'état et à la capacité des personnes comme étant indisponibles, tandis que ceux dits patrimoniaux seraient, eux, disponibles⁵⁵⁵.

Cette notion de « libre disposition des droits » sera pourtant utile au juge en 1995 dans un arrêt qui présentera les caractéristiques d'un revirement de la jurisprudence « Bisbal ».

II. Le revirement de jurisprudence de 1995

L'arrêt rendu en 1995 (A) modifie radicalement la solution de 1959. Il va aussi présenter l'intérêt de donner des réponses à la question du relevé d'office du juge de la règle de conflit et d'être le fil conducteur (B) des arrêts à suivre.

A. La teneur de l'arrêt de revirement de 1995

Un exposé de la solution rendue par la Cour en 1995 (1) doit précéder son analyse (2).

1° Exposé de la solution de la Cour

209. Relevé d'office et indisponibilité des droits. – Depuis un arrêt du 10 mai 1995⁵⁵⁶, la Cour précise dans quelle mesure le juge du fond a l'obligation ou la faculté d'appliquer d'office la loi étrangère. Elle déclare : « Mais attendu que la cour d'appel, après avoir justement rappelé qu'elle était tenue d'appliquer, au besoin d'office, la règle de conflit de lois résultant d'un traité ratifié par la France, a donc légalement justifié sa décision de soumettre le litige à la loi marocaine désignée par l'article 9 de la Convention précitée, dont l'application était d'ailleurs revendiquée, en appel, par le mari et à laquelle les parties, qui n'avaient pas la libre disposition de leurs droits, ne pouvaient renoncer ».

⁵⁵⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, n° 8, p. 125, *précité*.

⁵⁵⁶ Cass, 1^{re} civ. 10 mai 1995, n° 93-16.467, *Bull. civ.* 1995 I, n° 195 p. 140.

Pour répondre à nouveau, et définitivement à la question de l'office du juge au regard de l'application de la loi étrangère, le juge distingue, de la même manière qu'en 1990 selon deux situations : celle dans laquelle les parties ont la libre disposition de leurs droits, et celle où elles ne l'ont pas. Si l'application de la règle de conflit de lois et donc de la loi étrangère est obligatoire dans le second cas, dans le premier, on comprend qu'elle est facultative pour le juge : « [...] la loi marocaine désignée par l'article 9 de la Convention [...] à laquelle les parties, qui n'avaient pas la libre disposition de leurs droits, ne pouvaient renoncer ». Dans cet extrait interprété *a contrario*, la Cour précise que si les parties avaient eu la libre disposition de leurs droits, il n'aurait pas pu être reproché aux juges du fond de n'avoir pas appliqué d'office la règle de conflit, même issue d'une convention, tandis que les parties, elles, auraient pu y renoncer.

En effet, dans le cas où les parties peuvent disposer de leurs droits, elles ont le choix d'en rejeter ou d'en demander l'application, et ce n'est alors qu'à ce moment-là que le relevé d'office du juge s'impose : « [...] la loi marocaine désignée par l'article 9 de la Convention précitée, dont l'application était d'ailleurs revendiquée, en appel, par le mari [...] ».

2° Analyse de la solution

210. Une « compilation » de solutions jurisprudentielles. – Cet arrêt, en réalité ne fait que proposer une compilation des arrêts précédemment rendus, mais ne donne pas une réponse claire à la question posée qui dépendra de la situation dans laquelle les parties se trouveront. Le juge ne fait plus prévaloir de manière automatique, les conventions internationales sur les autres lois en cause, comme en 1988 ou en 1990, puisqu'ici le juge décide que la convention ne dicte au juge de la relever d'office que dans une matière dans laquelle les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits (il s'agissait en l'espèce d'un litige portant sur un divorce pour lequel la loi personnelle des parties avait été appliquée).

La solution rendue est donc un véritable mode d'emploi qui présentera l'avantage d'être un « fil conducteur » pour les juges, mais le désavantage de compliquer la matière qui aurait pu et dû, selon la doctrine, être facilitée par l'obligation de toujours relever la règle de conflit de lois⁵⁵⁷. Pourtant, une telle proposition, trop réductrice, ne présente pas l'avantage de

⁵⁵⁷ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, n° 8, p. 125, *précité*.

coller aux cas d'espèces, et simplifie une question qui nécessite, à l'inverse, d'être prise dans son entière complexité.

B. La portée de l'arrêt, « fil conducteur »

La règle de conflit de lois n'est plus tributaire de la présence d'une convention internationale régissant le litige, mais plutôt de la nature des droits des parties en conflit. La décision rendue en 1995, véritable revirement de jurisprudence de celle rendue en 1959 mais aussi de celle de 1988, sera reprise par la Cour. Cette dernière distinguera selon que les droits des parties au litige sont disponibles (1), ou selon qu'ils ne le sont pas (2).

1° La libre disponibilité des droits des parties et le relevé d'office du juge

Lorsque les parties au litige ont la libre disposition de leurs droits, le principe veut que le relevé d'office de la règle de conflit de lois ne soit qu'une faculté pour le juge (a). Néanmoins, et puisque justement les parties ont la libre disposition de leurs droits, il existe une exception (b) à ce principe désormais reconnu, qui impose au juge de relever d'office cette règle de conflit lorsque les parties se sont accordées à en faire application au litige.

a) Le principe de la faculté du relevé d'office du juge

211. Arrêt « Mutuelle du Mans ». – Le 26 mai 1999⁵⁵⁸, la Cour de cassation décide : « Mais attendu que s'agissant de droits dont les parties ont la libre disposition, la cour d'appel a légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française, dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué la convention de La Haye du 15 juin 1955 pour revendiquer l'application d'un droit étranger ».

En cas de litige portant sur des droits dont les parties ont la libre disposition, la règle voulant que les conventions internationales prévalent sur les autres et impose au juge de les appliquer d'office n'a plus lieu d'être. La Cour l'évince donc du litige, pour le règlement duquel les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable. Ce que la doctrine a appelé « l'origine conventionnelle de la règle de conflit », qui renvoie à la situation dans laquelle une

⁵⁵⁸ Cass, 1^{re} civ 26 mai 1999, n° 96-16.361, Bull. civ. 1999 I, n°172, p.113, *Mutuelle du Mans*.

convention internationale réglemente le litige, a été abandonnée au profit de la nature des droits des parties, et/ou de la matière objet du litige.

Cette solution dispense les juges d'effectuer une étude de droit comparé trop lourde, et, dans le même temps évite à la Cour une inflation de pourvois.

212. L'équivalence des lois en conflits⁵⁵⁹. – Cette règle jurisprudentielle issue de l'équivalence des lois en conflit⁵⁶⁰ contourne la question de la portée de l'office du juge ; elle doit être distinguée du principe de la faculté comme de l'exception de l'obligation du relevé d'office.

Dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour le 28 janvier 2003⁵⁶¹ la Cour approuve un arrêt rendu par des juges du fond qui avaient, à l'occasion d'un litige portant sur les mesures accessoires d'un divorce, fait une application de la loi étrangère. Le moyen au pourvoi formé à l'encontre de cette décision tendait à soutenir que la loi française avait été revendiquée par l'une des parties qui n'avait pas pu bénéficier des dispositions de l'article 15 du Code civil⁵⁶² à cause d'une interdiction de quitter le territoire.

Pourtant, la Cour de cassation décide que les juges avaient eu raison d'appliquer la loi israélienne : les deux lois n'emportaient pas de solutions différentes. En effet, les juges ne l'avaient pas pour autant évincé du litige, car ce n'est qu'après avoir observé que les deux dispositions étaient équivalentes, qu'ils ont pu retenir la loi étrangère : « Mais attendu que la cour d'appel, ayant souverainement retenu que la loi israélienne appliquée avait permis la concertation des parents sur les mesures accessoires concernant les enfants, a pu en déduire une équivalence substantielle de cette loi avec le droit français applicable, justifiant légalement sa décision sur ce point ».

La théorie de l'équivalence ne vient pas influencer sur la faculté ou l'obligation pour le juge de relever d'office la règle de conflit de lois. Cette théorie ne fait que jouer sur sa faculté ou non d'appliquer la loi étrangère après mise en jeu de la règle de conflit de lois. C'est l'équivalence de la loi étrangère avec la loi française qui a permis à la Cour de ne pas

⁵⁵⁹ Le mécanisme de l'équivalence permet à la Cour de ne pas casser un arrêt rendu par un juge du fond qui a fait application d'une loi non désignée par la règle de conflit de lois mais équivalente, dans son contenu et ses effets, à celle que la règle avait normalement désigné.

⁵⁶⁰ Sur cette notion : F. FAGES, *Théorie de l'équivalence et conflits de lois*, [Th. doct. sous la dir. P. MAYER : Droit international et européen : Paris 1 : 2013].

⁵⁶¹ Cass, 1^{re} civ. 28 janvier 2003, n° 00-15.344, Bull. civ. 2003 I, n° 23, p. 17.

⁵⁶² Qui prévoit notamment la possibilité pour un Français d'être « [...] traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

sanctionner les juges du fond pour l'avoir appliqué au litige⁵⁶³, la solution inverse étant possible lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère dont la différence de contenu par rapport à la loi française n'a pas été prouvée, cette dernière devenant « subsidiaire »⁵⁶⁴. Cette équivalence permet d'ajouter une nouvelle exception à l'obligation pour les juges d'appliquer la règle de conflit de lois.

Puisqu'on considère qu'il existe des cas dans lesquels les parties peuvent disposer librement de leurs droits, il faut admettre dans le même temps, que les parties puissent en demander ou en rejeter l'application.

b) L'exception du relevé d'office obligatoire

213. L'invocation de la règle par les parties. – Cette exception sera appliquée par la jurisprudence lorsque les parties auront choisi d'invoquer la règle de conflit de lois. Le juge devra, uniquement pour les droits dont les parties ont la libre disposition, relever d'office le moyen tiré de la règle de conflit invoqué par les parties⁵⁶⁵, sous peine de violer la règle de conflit de lois⁵⁶⁶. En réalité, cette solution est logique car le mécanisme fait sortir le moyen de droit du champ d'application du relevé d'office du juge puisqu'il est invoqué par les parties.

214. Les conditions de l'invocation de la règle. – Lorsque la Cour ne relève pas d'office la règle de conflit de lois, à l'occasion d'un litige dans lequel les parties ont la libre disposition de leurs droits, alors même que les parties l'ont invoqué, elle se justifie de la sorte : « Mais attendu que s'agissant de droits disponibles, le moyen tiré de l'application du droit étranger ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation ; qu'il ne

⁵⁶³ Cass, 1^{re} civ. 5 décembre 1995, n° 93-17.410, Bull. civ. 1995 I, n° 447, p. 312, *La Préservatrice foncière* : « [...] dans une matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à l'assureur du conducteur du véhicule, assigné par les passagers en indemnisation de leurs préjudices, de démontrer, ainsi qu'il le prétend, que la loi de l'Etat fédéré conduit quant aux conditions et à l'étendue de la responsabilité découlant de l'accident, à un résultat différent de celui obtenu de la loi de l'Etat fédéral établie par le certificat de coutume produit par les demandeurs, et il ne saurait être reproché aux juges du fond d'avoir retenu l'application de cette dernière loi ».

⁵⁶⁴ Cass, com. 16 novembre 1993, n° 91-16.116, Bull. 1993 IV, n° 405, p. 294, *Amerford* ; Cass, 1^{re} civ. 11 juin 1996, n° 94-16.515, Bull. civ. 1996 I, n° 243, p. 171, *Agora Sopha* : « [...] que, s'agissant de droits disponibles et non régis par un traité international, il incombe à la partie qui prétend qu'un droit étranger est applicable d'établir la différence de son contenu par rapport au droit français, à défaut de quoi ce droit s'applique en raison de sa vocation subsidiaire » ; Cass, 1^{re} civ. 13 avril 1999, n° 96-22.487, Bull. civ. 1999 I, n° 130, p. 85, *Cie Royale belge c/ Sté Lilloise d'assurances*.

⁵⁶⁵ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} juillet 1997, n° 95-16.678, Inédit, *Calberson*.

⁵⁶⁶ Cass, 1^{re} civ. 30 septembre 2003, n° 00-21.121, Bull. civ. 2003 I, n° 191 p. 149 : « Vu l'article 3 du Code civil ; Qu'en statuant ainsi, alors que dans ses conclusions, M. X... avait toujours revendiqué l'application du droit helvétique au litige et qu'il n'avait jamais accepté une prorogation de compétence au profit de la loi française, la cour d'appel, dénaturant la volonté des parties, a violé le texte susvisé ».

résulte ni de l'arrêt, ni des productions, que les époux X... aient invoqué la loi allemande pour établir le prêt litigieux ; que le moyen est donc irrecevable »⁵⁶⁷. La Cour ouvre une exception à celle de la faculté pour le juge de relever d'office la règle de conflit de lois, puisque si les parties peuvent choisir de l'invoquer et obliger ainsi le juge à la relever d'office, le juge considère que ce moyen soulevé par les parties est mélangé en fait et en droit. Si la règle de conflit de lois avait été qualifiée de « pur droit », elle aurait eu vocation à être invoquée pour la première fois devant la Cour ; si ce n'est pas le cas, le moyen ainsi soulevé est irrecevable.

215. Article 12, alinéa 3 du CPC. – Cette faculté offerte aux parties de demander au juge de relever la règle de conflit était considérée comme issue de l'article 12, alinéa 3 du CPC puisque ce dernier dispose que : « les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». La règle de conflit de lois fonctionnerait donc comme les autres règles de droit : par principe, elle s'impose au juge (article 12, alinéa 1^{er} CPC), et par exception, les parties en disposent (article 12, alinéa 3 CPC). Néanmoins, la doctrine se demande de quelle manière le juge doit considérer que le moyen a été « invoqué » ou évacué par les parties. Un simple renoncement à la règle de conflit ne suffirait pas pour la doctrine : « [...] c'est là l'erreur, la faculté offerte aux parties de renoncer à l'application de la loi compétente ne devrait pas pouvoir délier le juge de son obligation préalable d'invoquer le conflit de lois. Seul un accord certain (à défaut d'être exprès comme l'exige l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC) des parties devrait pouvoir le faire »⁵⁶⁸.

216. Arrêt « Hannover International ». – Dans un arrêt rendu 6 mai 1997⁵⁶⁹, la Cour considère que le silence des parties en faveur de l'application de la règle de conflit de lois doit être perçu comme un accord passé entre elles pour ne pas faire une application de la règle de conflit : « Mais attendu que, pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente ; qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat ; Et attendu que la société ABC, n'a pas invoqué

⁵⁶⁷ Cass, 1^{re} civ. 28 novembre 2006, n° 05-19.838, Bull. civ. 2006 I, n° 522, p. 462.

⁵⁶⁸ E. FOHRER- DEDEURWAERDER, « Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », *JCP Civ.* 14 décembre 2010.

⁵⁶⁹ Cass, 1^{re} civ. 6 mai 1997, n° 95-15.309, Bull. civ. 1997 I, n° 140, p. 94, *Hannover International*.

devant la cour d'appel l'application de la clause contractuelle de limitation de la durée de garantie ».

Bien que le contrat de vente liant les parties au litige avait prévu, par le biais d'une clause, l'application de la loi belge, il n'apparaissait pas, dans les conclusions des parties, qu'elles aient voulu faire une application de cette clause et donc de cette loi belge. Cet arrêt vient remettre « au gout du jour » la notion d'accord procédural consacré le 19 avril 1988 par la première chambre civile de la Cour de cassation au visa de l'article 12, alinéa 3 du CPC⁵⁷⁰. La Cour approuve la solution des juges du fond qui ont appliqué le droit français. Cette solution est critiquable en ce qu'elle exige des parties qu'elles expriment à nouveau leur volonté de faire une application de la loi contractuellement choisie lorsqu'elles sont en litige, alors que cette volonté a déjà été exprimée au sein du contrat par le biais d'une clause. Mais on comprend là que la Cour fait une application large de la notion de libre disponibilité des droits, qui, prévalant sur l'office du juge et les conventions internationales, est aussi supérieure aux clauses contractuelles.

Le juge n'est pourtant pas toujours amené à régler des différends dans lesquels les parties ont la libre disponibilité de leurs droits⁵⁷¹, puisqu'il existe, à l'inverse, des litiges dans lesquels les parties ne peuvent pas les maîtriser à leur guise.

2° L'indisponibilité des droits des parties, et l'obligation du relevé d'office du juge

Lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, le relevé d'office de la règle de conflit de lois est une véritable obligation pour le juge, sans exception possible.

217. Indisponibilité implicite. – Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour le 14 mai 1996⁵⁷² ne fera pas mention, dans sa solution, de la notion de « libre disponibilité ». Cependant, sa solution ne laisse aucun doute quant à savoir si l'on se place sur ce terrain

⁵⁷⁰ Cass, 1^{re} civ. 19 avril 1988, n° 85-18.715, Bull. civ. 1988 I, n° 104, p. 71, *Roho* : « Mais attendu que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, celles-ci peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée par une convention internationale ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a relevé que les deux parties françaises réclamaient expressément l'application de leur loi nationale, a, en vertu de l'article 12, alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile qui interdit au juge de changer le fondement juridique de la demande lorsque les parties l'ont lié par un accord exprès, et sans violer les textes invoqués par le pourvoi, fait à bon droit, application de la loi française à la responsabilité extracontractuelle résultant d'un accident de la circulation survenu à Djibouti ».

⁵⁷¹ D'autant plus que la notion suscite des difficultés d'application pratiques : Cass, 1^{re} civ. 17 mars 1998, n° 96-13.972, Bull. civ. 1998 I, n° 120, p. 79 ; Cass, com. 2 mars 1999, n° 97-12.577, Bull. 1999 IV, n° 52, p. 43.

⁵⁷² Cass, 1^{re} civ. 14 mai 1996 n° 94-10.946, Bull. civ. 1996 I, n° 202, p. 141.

puisque'il s'agissait en l'espèce d'un litige portant sur un divorce. La Cour conclut de la manière suivante : « Attendu que l'application de la loi étrangère désignée par un traité international s'impose au juge français ; Attendu que, pour déclarer irrecevable la demande en divorce présentée, sur le fondement de la loi française, par Mme X..., l'arrêt attaqué se borne à constater que les époux sont de nationalité marocaine, de sorte que la loi marocaine est applicable en vertu de la convention précitée ». Cet arrêt ne fait pas dépendre à nouveau l'obligation du relevé de la règle de conflit des conventions internationales ; il se situe dans le prolongement de l'arrêt du 10 mai 1995 dans lequel le juge avait, dans un litige similaire (un divorce), déclaré que les parties n'avaient pas la libre disposition de leurs droits. Dans la solution rendue en 1996, la Cour ne prend simplement pas la peine de justifier sa décision en distinguant selon que le juge se trouve dans un litige dans lequel les droits des parties sont disponibles ou non.

Elle confirme cette solution le 1^{er} juillet 1997⁵⁷³ dans l'arrêt « Driss Abbou », où elle rappelle que les juges doivent aussi rechercher la « teneur » de la loi étrangère⁵⁷⁴.

218. Arrêt « Belaïd ». – Le 26 mai 1999⁵⁷⁵ la Cour rend un arrêt au travers duquel la doctrine perçoit un abandon définitif et réel du visa de l'article 12 du CPC par la Cour. Il était considéré comme « [...] trop peu flexible pour s'adapter sans artifice aux nécessités du conflit de lois »⁵⁷⁶ (dont les premiers signes avaient été perçus dès 1992 avec l'arrêt « Maklhouf »⁵⁷⁷). La doctrine considère que cet abandon par la Cour est motivé par une « incohérence »⁵⁷⁸ entre ce texte et le relevé d'office du juge de la règle de conflit, et qu'il ne

⁵⁷³ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} juillet 1997, n° 95-17.925, Bull. civ. 1997 I, n° 222, p. 148, *Driss Abbou* : « Vu l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, ensemble l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'aux termes du premier texte, la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux Etats dont les époux ont la nationalité à la date de la présentation de la demande ; que l'application de la loi étrangère désignée pour régir les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi ».

⁵⁷⁴ Cass, 1^{re} civ. 24 novembre 1998, n° 96-15078, Bull. civ. 1998 I, n° 327, p. 226 : « Vu l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'il incombe au juge français qui applique une loi étrangère de rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'Etat concerné ».

⁵⁷⁵ Cass, 1^{re} civ. 26 mai 1999, n° 97-16.684, Bull. civ. 1999 I, n° 174, p. 114, *Belaïd/ Elkhbizi* : « Vu l'article 311-14 du Code civil, ensemble l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; que, selon le second, il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en application la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger compétent ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi personnelle de la mère, qui, selon les éléments de la procédure, était titulaire d'une carte de résident, la cour d'appel a méconnu les exigences des textes susvisés ».

⁵⁷⁶ Propos de B. ANCEL rapportés par B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.*, 2000, n°8, p. 125, *précité*.

⁵⁷⁷ Cass, 1^{re} civ. 18 novembre 1992, n° 90-15.275, Bull. civ. 1992 I, n° 282, p. 185, *Maklhouf*, *précité*.

⁵⁷⁸ E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », *JCP Civ.* 14 décembre 2010.

permet plus à la Cour de justifier sa position jurisprudentielle quant à la faculté des parties de renoncer à son application. Alors que l'article 12 impose au juge de trancher le litige en droit, la jurisprudence n'impose pas au juge de relever d'office la règle de conflit de lois à l'occasion de litiges dans lesquels les parties ont la libre disposition de leurs droits. Si le troisième alinéa de ce texte permet aux parties de lier le juge et de limiter le débat « [...] en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition [...] », l'exception du premier alinéa de l'article 12 du CPC pose des difficultés d'application en matière internationale.

Désormais, la Cour se fonde uniquement sur l'article 3 du Code civil pour justifier ses décisions. La formule suivante est largement reprise par la jurisprudence : « Vu l'article 3 du Code civil ; Qu'il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en application la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger compétent »⁵⁷⁹. Ici, et contrairement à ce qui a été dit plus tôt à propos des situations dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits, le juge a l'obligation d'appliquer la règle de conflit de lois et la loi étrangère qu'elle désigne, et ce, même si les parties ont invoqué la loi française⁵⁸⁰. Cette solution est conforme au principe qu'exprime l'adage « *jura novit curia* »⁵⁸¹. La solution n'impose qu'une obligation de moyens aux juges, « [...] et l'impossibilité de prouver la loi étrangère entraîne l'application de la loi française à titre subsidiaire »⁵⁸².

A. BOLZE, qui souhaitait un retour à la jurisprudence « Rebouh-Schule », ne sera pas totalement déçu. Si l'obligation pour le juge de relever d'office la règle de conflit de lois tombe au sein d'un litige à l'occasion duquel les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits et qu'il y a une équivalence des lois en conflit, c'est l'obligation pour lui de le faire qui prévaut dans les litiges internationaux. Cette jurisprudence se révèle assez proche de celle dite

⁵⁷⁹ Cass, 1^{re} civ. 14 juin 2005, n° 02-14.328, Bull. civ. 2005, I, n° 243 p. 206 ; Cass, 1^{re} civ. 7 juin 2006, n° 04-17.225, Bull. civ. 2006 I, n° 288, p. 252 ; Cass, 1^{re} civ. 20 juin 2006, n° 04-19.636, Bull. civ. 2006 I, n° 316, p. 273 ; Cass, 1^{re} civ. 18 janvier 2007, n° 05-20.529, Bull. civ. 2007 I, n° 26, p. 23 ; Cass, 1^{re} civ. 20 février 2007, n° 06-16.059, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 10 mai 2007, n° 05-16.569, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 22 mai 2007, n° 06-15.551, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 9 janvier 2008, n° 06-19.659, Bull. civ. 2008 I, n° 2, p. 1 ; Cass, 1^{re} civ. 19 novembre 2008, n° 07-21.263, Bull. civ. 2008, I, n° 264 ; Cass, 1^{re} civ. 11 février 2009, n° 08-10.387, Bull. civ. 2009 I, n° 27 ; Cass, 1^{re} civ. 11 mars 2009, n° 08-15.348, Bull. civ. 2009 I, n° 49 ; Cass, 1^{re} civ. 6 janvier 2010, n° 08-14.278, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 23 novembre 2011, n° 10-25.206, Bull. civ. 2011 I, n° 203 ; Cass, 1^{re} civ. 19 décembre 2012, n° 11-26.094, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 6 mars 2013, n° 12-12.351, Inédit.

⁵⁸⁰ Cass, 1^{re} civ. 19 novembre 2008, n° 07-21.263, Bull. 2008, I, n° 264, *précité*.

⁵⁸¹ Cf. p. 114.

⁵⁸² S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 544.

« Rebouh-Schule »⁵⁸³, d'autant que la doctrine y voit un abandon de la distinction faite entre les droits disponibles et ceux indisponibles à l'occasion de certains arrêts rendus par la première chambre civile⁵⁸⁴. Cet abandon, qui se fait dans le sens d'une affirmation de l'obligation du relevé d'office du juge, n'entraînerait pas celui de la théorie de l'équivalence des lois en conflit.

⁵⁸³ La Cour montre son attachement à l'application de la loi étrangère par les juges du fond en effectuant un contrôle de l'application du droit étranger par ses derniers : Cass, 1^{re} civ. 14 février 2006, n°03-11.604, Bull. civ. 2006 I, n° 67, p. 65 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait d'un jugement du 8 novembre 2001 du tribunal de première instance de Monaco, versé aux débats et invoqué par M. Z..., que la nomination d'un administrateur judiciaire entraînait la perte de la capacité civile, la cour d'appel a dénaturé le droit étranger applicable et violé les textes susvisés ».

⁵⁸⁴ Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2002, n° 00-14.785, Bull. civ. 2002 I, n° 202, p. 156 : « Vu l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'il appartient au juge saisi de l'application d'un droit étranger de procéder à sa mise en œuvre et, spécialement, d'en rechercher la teneur afin de trancher le litige selon ce droit » ; Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2003, n° 01-17.180, Bull. civ. 2003 I, n° 225, p. 178 : « Vu l'article 3 du Code civil ; Attendu qu'il incombe au juge français qui déclare une loi étrangère applicable de rechercher par tous moyens, au besoin par lui-même, la solution donnée à la question litigieuse par le droit de l'Etat concerné ».

CONCLUSION DE CHAPITRE

219. Relevé d'office de la règle de droit, de conflit de lois ou de moyen de droit, qualification du fondement juridique, qualification des faits et actes litigieux... ces opérations juridiques renvoient toutes à celle qui est de trancher le litige en droit. A cet égard, l'article 12 du Code de procédure civile, « fondements de l'office du juge »⁵⁸⁵, réglemente largement l'office du juge au sein des litiges de droit civil.

En matière nationale, la difficulté que pose le pouvoir du relevé d'office du juge se situe sur le terrain de son intensité. On sait que le Code de procédure prévoit des cas bien précis dans lesquels le juge est dans l'interdiction de relever d'office un moyen de droit (article 12, alinéa 3 du CPC), mais pour la doctrine et la jurisprudence, il ne donne pas de précisions lorsque le juge ne se trouve pas dans cette situation. Même si le législateur indique que le juge est obligé de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, la controverse est très vive quant à savoir si le juge a une simple faculté ou une obligation d'user de son pouvoir de relever d'office un moyen de droit pour trancher le litige. L'arrêt « Dauvin » exige que le « relevé d'office d'un moyen de droit » soit défini et qu'une distinction de régime s'opère entre la qualification des faits et actes litigieux et la dénomination du fondement juridique : le premier impose le relevé d'office au juge, tandis que le second ne prévoit qu'une faculté.

La controverse du relevé d'office du juge est du même ordre s'agissant de l'application de la règle de conflit de lois aux litiges impliquant un élément d'extranéité. Pour répondre à la question de l'intensité du relevé d'office du juge, il faut définir les notions d'ordre public, d'autonomie de la volonté et de conventions internationales. Cette définition, la jurisprudence la trouve au sein du critère de l'indisponibilité des droits (dont l'arrêt « Mutuelle du Mans » en est l'illustration).

La situation, au regard de la jurisprudence française peut être résumée ainsi : le relevé d'office est une obligation pour le juge dans l'opération de requalification des faits et actes litigieux et dans l'application d'une règle de droit indisponible, d'ordre public, ou de pur droit ; à l'inverse, le relevé d'office est une faculté pour le juge dans l'opération de requalification du fondement juridique proposé, ou encore une interdiction, en cas d'accord exprès entre les parties sur les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

⁵⁸⁵ Ph. FLORES, G. BIARDEAUD « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

CONCLUSION DE TITRE

220. L'article 12 du Code de procédure civile donne du fil à retordre aux juristes qui souhaitent en définir la portée et aux juges qui entendent en faire application aux litiges qui leur sont soumis, en matière nationale ou internationale. D'abord instable au sein même de ses alinéas, il n'a pas conservé le troisième qui consacrait justement le relevé d'office du juge de manière générale. Supprimé dans les années quatre-vingt, il est toujours visible dans le code, comme un rappel nostalgique d'une autre époque. Cette époque n'est pas si lointaine, et le relevé d'office du juge est même évoqué au présent. Ce rappel n'est donc pas utile car la question du relevé d'office du juge irradie encore largement l'article 12. Ce dernier devient le fondement ultime du pouvoir du relevé d'office du juge qui y puise toute sa légitimité. Membre à part entière des principes directeurs, il partage cette qualité avec les articles 4, 5, 7 et 16 du même code, qui s'érigent en garants du procès équitable.

221. Les principes directeurs ont pour objet de définir les rôles dévolus au juge et aux parties dans la conduite et le déroulement du procès civil. Ces rôles sont classiquement distingués selon deux domaines : le fait aux parties, et le droit au juge. Cette description est très schématique, voire fausse. Le fait n'appartient pas seulement aux parties, ce que démontrent les dispositions du code qui permettent au juge d'apporter son concours dans l'allégation des faits (les mesures d'instructions et la possibilité d'explications supplémentaires ouvertes au juge) ou qui lui permettent une certaine liberté dans leur prise en compte pour le règlement du litige (à travers les faits adventices). Le droit n'est pas seulement l'apanage du juge, même si c'est bien le principe qui gouverne notre procédure civile : les parties proposent un fondement juridique à leurs prétentions (c'est désormais une obligation en vertu du principe jurisprudentiel de la concentration des demandes et des moyens), rendent le fondement juridique indisponible si elle le souhaitent (article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile) ou commandent au juge de statuer en amiable compositeur (article 12, alinéa 4 du Code de procédure civile). Cette liberté est limitée aux droits dont les parties ont la libre disposition ; une limite identique à ceux qui jouent dans les litiges en matière internationale et soumis à l'application de la règle de conflit de lois.

Les principes directeurs ont pour mission d'encadrer l'office du juge pour conserver l'égalité des armes et le principe accusatoire du procès. Limité par le principe du contradictoire de l'article 16 il connaît aussi un tempérament issu de celui de l'immutabilité du litige. Lorsque le juge relève d'office un moyen de droit il doit le soumettre à la discussion

des parties, qu'il s'agisse d'un moyen d'ordre public ou non, ou qu'il soit tiré d'une disposition étrangère après mise en jeu de la règle de conflit de lois. En vertu de sa neutralité, il ne peut pas s'échapper des prétentions des parties qui forment l'objet du litige. Si le juge souhaite relever d'office un moyen qui lui semble opportun pour trancher le litige qui lui est soumis, il doit permettre aux parties de s'en défendre et ne pas le faire en méconnaissance des demandes formulées par ces dernières.

222. Si la neutralité et l'impartialité du juge ne sont pas remises en question, ces principes essentiels à la bonne marche de la justice sont parfois relativisés par le fait d'une manipulation par ce dernier des règles de la procédure civile. Cette manipulation s'opère en droit à travers le principe du contradictoire auquel le juge ouvre des exceptions particulières : mis à part certains cas exceptionnels tels que la violation des droits de la défense ou l'exercice par le juge de ses pouvoirs spéciaux, ces exceptions découlent de l'interprétation des critères de moyens « dans le débat », ou « invoqués » par les parties. Le juge profite aussi d'une certain « contrôle » sur les faits à travers les faits adventices.

223. On assiste à une certaine emprise du juge sur le procès civil, que l'on se place sur le terrain du fait ou du droit. L'article 12 du code ne fait que conforter ce sentiment car en commandant au juge de trancher le litige en droit, il ouvre grand la porte à la question du relevé d'office. Cette prérogative semble conforme à la mission première du juge qui est de trancher le litige par une application de la règle de droit ou de conflit de lois, d'autant que la jurisprudence a déterminé le « mode d'emploi » de son utilisation par le juge, même en cas de litiges soumis à la règle de conflit de loi : le principe de la faculté côtoie habilement celui d'une obligation à la charge du juge.

Il suffit de déplacer la controverse en droit de la consommation pour ébranler ce « mode d'emploi ». Le relevé d'office du juge était déjà un beau sujet de controverse au sein même de la procédure civile, il va l'être d'autant plus dans les litiges du droit de la consommation.

TITRE 2

CONTROVERSE DU RELEVÉ D'OFFICE DE NATURE JURISPRUDENTIELLE

224. Les principes directeurs qui déterminent les rôles des acteurs du procès civil ont vu ces derniers évoluer sensiblement. L'office du juge s'en est trouvé renforcé au point qu'il ne faut plus parler du procès civil comme étant la chose des parties, mais comme étant celle des parties et du juge⁵⁸⁶. Eu égard à la controverse existante au sein même de la procédure civile, tant au regard de son histoire que de sa substance il faut bien reconnaître que la controverse du relevé d'office est strictement législative.

La controverse du relevé d'office du juge est de nature jurisprudentielle parce qu'elle se pose en droit de la consommation : ce dernier est un droit jeune en pleine évolution et la jurisprudence qui en est issue en vue d'interpréter ses dispositions est déjà en elle-même très riche. Poser la question du relevé d'office du juge dans cette matière entraîne une controverse de nature jurisprudentielle. Résumer les choses ainsi serait réducteur, les développements qui vont suivre en seront la preuve.

Le juge est-il tenu de relever d'office un moyen de droit, ou la porte du relevé d'office n'est-elle qu'entrouverte, libre au juge de l'emprunter ? Si les textes du droit de la consommation sont pour le moins imprécis, c'est la jurisprudence aidée de la doctrine, qui répond à la question. Le développement consacré à la controverse du relevé d'office du juge est d'abord engagé par le droit des clauses abusives, thème dominant lorsqu'est question des litiges du droit de la consommation. La réglementation (controversée) des clauses abusives est un tremplin pour le juge dans l'émancipation de son pouvoir de relevé d'office, mais n'est pas

⁵⁸⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, *précité*, p. 405.

le seul domaine de son expression : le relevé d'office du juge s'étend au droit du crédit à la consommation d'une manière tout à fait intéressante. Particulièrement périlleux pour le consommateur, celui-ci justifie que la discussion sur la portée de l'office du juge s'ouvre largement.

225. La controverse du relevé d'office, dont le décor en droit de la consommation est posé par la réglementation des clauses abusives trouve une certaine issue au sein d'une notion apparue au sein des litiges en matière internationale, instrumentalisée par la Cour de cassation en droit de la consommation : celle de « l'ordre public »⁵⁸⁷. La Cour, en tranchant les litiges du droit de la consommation, se saisit de cette notion pour conditionner puis définir le pouvoir du relevé d'office du juge. Parfois confronté à un moyen de droit qualifié d'ordre public, le juge ne pourra pas ignorer la nature d'un tel moyen, et la question du relevé d'office à l'égard de ce dernier en sera ébranlée. A défaut de définition précise de cette notion au regard du relevé d'office du juge, cette dernière est laissée à la liberté d'interprétation de la jurisprudence, la rendant « protéiforme »⁵⁸⁸.

Face au caractère hasardeux de la réglementation des clauses abusives (**Chapitre 1**), cette liberté d'interprétation est saisie par la Cour de cassation qui va régler la controverse du relevé d'office du juge au moyen d'une appréhension rigoureuse de la notion d'ordre public (**Chapitre 2**).

⁵⁸⁷ Sur cette notion, cf. note 43.

⁵⁸⁸ A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986, chron. 8, p. 59.

CHAPITRE 1

CONTROVERSE NÉE D'UNE RÉGLEMENTATION HASARDEUSE DES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT INTERNE

En droit interne, la question de l'office du juge au regard de la notion d'ordre public se pose particulièrement au sein du droit des clauses abusives qui occupe une place importante dans les litiges entre les consommateurs et les professionnels ; ce droit présente aussi la particularité d'être étroitement attaché à l'office du juge⁵⁸⁹. Le déséquilibre contractuel est évident à l'occasion de litiges mettant en jeux des clauses abusives car ce sont elles qui en sont la source ; à travers cette matière, la portée de l'office du juge prend tout son sens. L'effectivité de la réglementation des clauses abusives est devenue dépendante de l'office du juge, de sorte que la problématique va se poser sur ce terrain en particulier. Cette dépendance entre ces deux éléments va naître de la défaillance progressive de la réglementation en question. Les juristes assistent à la controverse du relevé d'office du juge dans le domaine spécifique des clauses abusives, et non plus seulement de celle du relevé d'office dans la requalification des faits et actes litigieux ou du fondement juridique⁵⁹⁰, appréhension purement technique et processuelle de l'office du juge mais qui ne présente pas moins d'intérêt.

⁵⁸⁹ Sur la question des clauses abusives entre professionnels, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil- Les obligations*, 11^e éd., Paris : Précis Dalloz, 2013, p.375.

⁵⁹⁰ Cf. : cette question a été envisagée dans une première partie (Cf. note 150 s.).

La question de l'office du juge en matière nationale s'explique par une succession d'interventions législatives qui ne répondent pas aux exigences du droit de la consommation en général, et à la difficulté que pose la mise en jeu de l'office du juge dans les litiges du droit de la consommation, en particulier. Le caractère « hasardeux » de la réglementation des clauses abusives va nourrir la controverse. Celle-ci s'exprime à travers la notion de l'ordre public ; la définition de l'ordre public de « protection » appréhendée de manière sévère par le juge national, permettra de trouver l'issue de cette controverse, et de poser la question, en même temps que d'y répondre, du relevé d'office du juge en droit de la consommation.

Le caractère hasardeux de la réglementation des clauses abusives ne permet plus aux juges d'appliquer le droit de la consommation de manière uniforme, au point de causer un clivage entre les juges du fond et ceux de la Cour de cassation; ce dernier est tel qu'il est qualifié de « schisme » (**Section 2**). Pour comprendre comment ce « schisme » a pu prendre forme il convient d'exposer la carence législative en matière de réglementation des clauses abusives (**Section 1**).

SECTION 1

CARENCE LÉGISLATIVE EN MATIÈRE DE RÉGLEMENTATION DES CLAUSES ABUSIVES

Avant d'évoquer la question de la controverse du relevé d'office du juge il faut d'abord définir sur quel moyen le juge va pouvoir s'appuyer pour exercer ce relevé en matière de clause abusive. Une carence législative dans la réglementation des clauses abusives est le point de départ de la controverse du relevé d'office du juge en droit de la consommation de manière générale. Cette carence commence en 1978 par une insuffisance réglementaire (§1) en matière de détermination des clauses abusives, pour se poursuivre en 1995 au travers des incertitudes (§ 2) suscitées par la réforme entrée en vigueur en la matière.

§ 1. L'insuffisance réglementaire de la loi de 1978

Les modalités de détermination des clauses abusives sont prévues par la loi de 1978 (I) dite « Scrivener », considérée comme les « premiers balbutiements du droit de la consommation »⁵⁹¹. L'échec de cette loi (II) entrainera sa réforme quelques années plus tard.

I. La détermination réglementaire des clauses abusives

Emanant de la procédure réglementaire de 1978 plusieurs critères de détermination de la clause abusive (A) qu'il convient de manipuler selon une procédure « originale » (B).

A. Les critères de détermination de la clause abusive

226. Article 35, alinéa 1^{er}. – Cette disposition issue de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative aux droits du consommateur détermine les critères nécessaires à la qualification des clauses abusives ; ces dernières seront qualifiées ainsi « [...] lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Ces critères retenus par la loi de 1978 pour une définition de la clause abusive subissent diverses critiques exprimées à leur encontre. Ces derniers sont d'une part celui de l'« avantage excessif » (1), et

⁵⁹¹ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

d'autre part celui de l'« abus de puissance économique »⁵⁹²(2). Ils doivent tous deux être critiqués (3).

1° Le critère de « l'avantage excessif »

227. Définition. – L'avantage excessif profitant au professionnel est généralement considéré comme pécuniaire⁵⁹³, notamment pour les clauses de fixation du prix ; cependant, plus largement, cet avantage peut tout aussi bien concerner les clauses de résiliation, de condition d'exécution, etc.⁵⁹⁴. On admet aussi généralement que cet avantage accordé à l'un des cocontractants doit être analysé au vu de l'ensemble des clauses contractuelles au contrat, car l'avantage n'est pas considéré comme « excessif » si une autre clause au contrat se révèle être, à l'inverse, avantageuse pour l'autre partie (c'est-à-dire pour le non-professionnel ou consommateur).

228. La jurisprudence du Conseil d'Etat. – Sur le terrain du droit administratif, le 11 juillet 2001⁵⁹⁵, le Conseil d'État rend un arrêt en application de l'article 35 de la loi de 1978 (évoquant aussi celle de 1995 intervenue ensuite) et juge sur ce fondement qu'une clause réglementaire est abusive sur la base de l'article L.132-1 du Code de la consommation alors entré en vigueur. La clause en question⁵⁹⁶ imposait une charge importante au consommateur (ce dernier devait supporter « [...] toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de

⁵⁹² Pour une illustration de ces critères en jurisprudence : Cass, 1^{re} civ. 12 mars 2002, n° 99-15.711, Bull. civ. 2002 I, n° 92, p. 71, *SA I... / C... K...* : « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, alors que, d'une part, le seul fait qu'un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion ne suffit pas à démontrer que telle clause particulière a été imposée par un abus de puissance économique, et que, d'autre part, la référence aux seuls désavantages subis par l'assuré, sans les comparer avec les avantages recueillis par l'assureur, ne permet pas de caractériser l'avantage excessif obtenu par celui-ci, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard du texte susvisé ».

⁵⁹³ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, 5^e éd. Broché, 1996, p. 285.

⁵⁹⁴ Au Royaume-Uni, l'*Unfair Contract Term Act* du 26 octobre 1977 s'attache au caractère abusif des clauses exonératrices de responsabilités.

⁵⁹⁵ CE, 11 juillet 2001, n° 221458, *Société des Eaux du Nord*, précité : « Considérant que les dispositions précitées du "b" de l'article 12 peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive au sens des dispositions précitées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ; qu'elles étaient, dès lors, illégales dès leur adoption ; qu'elles ne sont pas davantage conformes aux dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 1995, d'ordre public ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIÉTÉ DES EAUX DU NORD n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lille a déclaré que le b) de l'article 12 du règlement du service de distribution d'eau dans la communauté urbaine de Lille est entaché d'illégalité ».

⁵⁹⁶ Article 12 du règlement de distribution d'eau dans la communauté urbaine de Lille.

l'existence et du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors du domaine public et en amont du compteur, sauf s'il apparaissait une faute du service des eaux »). Cet arrêt présente un intérêt sur deux points : d'abord, le Conseil d'Etat rappelle précisément que « [...] le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat [...] » ; ensuite, il procède à une extension intéressante de la réglementation des clauses jugées abusives au domaine des services publics.

Ce critère ne suffit donc pas pour déclarer qu'une clause insérée au contrat est abusive ; encore faut-il prouver qu'elle crée aussi un abus de puissance économique.

2° Le critère de l'« abus de puissance économique »

229. Notion. – Il est évident que dans la relation entre le professionnel et le non-professionnel ou consommateur, c'est le premier des deux qui a l'ascendant sur son cocontractant puisqu'il dispose d'une technique dans le domaine objet du contrat. C'est aussi celui des deux qui a le plus l'habitude des transactions et des relations commerciales, qui sait convaincre et qui est en général beaucoup plus informé sur les législations en vigueur concernant son domaine de profession. Le critère de l'abus de puissance économique n'est pas non plus défini par la loi de 1978 mais on peut légitimement penser que ce critère sanctionne tout abus que le professionnel pourrait faire de cet avantage technique, se révélant être de mauvaise foi à l'égard du consommateur dans la relation contractuelle (et renvoyant ainsi à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil⁵⁹⁷).

Ces deux critères retenus comme fondement de la détermination des clauses abusives⁵⁹⁸ sont toutefois critiquables dans la mesure où les difficultés qu'ils présentent sont telles qu'ils viennent handicaper la procédure de détermination réglementaire des clauses abusives.

⁵⁹⁷ Article 1134, alinéa 3 du Code civil : « [Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

⁵⁹⁸ Cass, 1^{re} civ. 10 avril 1996, n° 94-14.918, Bull. 1996 I, n° 177, p. 123 (*a contrario*) : « Attendu qu'en se déterminant comme elle a fait, alors qu'elle avait constaté que, dans les conditions particulières de la police, l'assuré avait reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexé à celles-ci et alors que le renvoi fait dans les conditions particulières de la police aux conditions générales ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

3° Les critiques formulées à l'encontre des deux critères

230. Un critère difficile à identifier. – Concernant le critère de l'« avantage excessif », la première des critiques portées à son encontre, consiste en l'absence de définition claire et précise de cette notion, qui n'apparaît pas dans la loi de 1978. Ce défaut s'ajoute à celui de la nécessité d'une analyse de la clause au vu de l'ensemble du contrat, car la balance faite entre les différentes clauses abusives apposées au contrat en faveur d'une partie et de l'autre comporte des difficultés. En effet, cette balance ne peut pas être faite de manière équitable puisqu'il n'existe pas de classification des clauses abusives en fonction de leur gravité. La comparaison entre une clause qui accorde un avantage à l'une des parties et une autre qui ne le ferait pas est difficile à effectuer (pour ne pas dire impossible).

231. Un critère inutile ? – Concernant le critère d'abus de puissance économique, considéré inutile pour une partie de la doctrine⁵⁹⁹, les critiques sont nourries d'autant plus que tout comme le critère de l'avantage économique, aucune définition n'en est donnée. En effet, cette notion de puissance économique ne se déduirait-elle pas du simple fait que dans la relation contractuelle s'opposent un professionnel et un non-professionnel ? Une telle considération des faits est-elle réductrice ? Par ailleurs, ce critère, qui est cumulatif, est-il en lui-même utile dès lors que le critère retenu de l'avantage excessif sanctionne déjà toute disproportion ou inégalité du contrat en défaveur du non-professionnel ? Ce sont autant de difficultés théoriques qui, à terme, contribueront à mettre à mal la détermination réglementaire des clauses abusives.

Les critères permettant de qualifier les clauses abusives posent des difficultés ; toutefois, la procédure de détermination de la clause abusive est considérée comme étant « originale ».

B. La procédure « originale » de détermination de la clause abusive

La procédure issue de la loi « Scrivener » de 1978 était partagée entre un encadrement législatif (1) et réglementaire (2), et dans laquelle l'avis de la Commission des Clauses Abusives (3) avait déjà une place importante.

⁵⁹⁹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 5^e éd. Broché, 1996, p. 285, *précité*.

1° Un encadrement législatif

232. La liste de l'article 35. – La protection prévue contre les clauses abusives ne concerne que certaines clauses prévues par l'article 35, alinéa 1^{er} de la loi de 1978, et dressées en liste⁶⁰⁰ adoptée pour régler le droit des conditions générales de vente. Les clauses prévues sont notamment celles sur la détermination du prix, par exemple, ou encore celles relatives à la livraison de la chose ou à l'étendue des responsabilités et garanties, etc. Cette énumération avait posé problème quant à son champ d'application ; le conseil d'Etat avait levé toute ambiguïté en déclarant, dans un arrêt du 3 décembre 1980, que cette liste est limitative et que toute stipulation contractuelle litigieuse soulevée par une partie en vertu de cet article n'a pas vocation à entrer dans son champ s'il n'y est pas expressément fait référence.

Cette précision législative opérée par la loi de janvier 1978 ne s'arrête pas à la simple délimitation du champ d'application de la protection contre les clauses abusives mais précise aussi quels seront les acteurs déterminants dans la manœuvre de cette protection, soit, la place prévue au pouvoir réglementaire.

2° Un encadrement réglementaire

233. Les décrets du Conseil d'Etat. – Il est prévu par la loi de 1978 que ce sont des décrets pris par le Conseil d'Etat après avis de la Commission des Clauses Abusives qui régiront la nature et le régime des clauses abusives dans le respect de l'article 35 de la loi de 1978 précité⁶⁰¹. L'article 35, alinéa 1^{er} de la loi (devenu l'article L.132-1, alinéa 1^{er} du Code de la Consommation lorsque ce dernier est entré en vigueur) prévoyait que : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées, ou réglementées, par décret en Conseil d'Etat [...] ». Ces décrets s'imposent aux professionnels puisqu'ils ont un caractère impératif.

Ce pouvoir dont dispose le Conseil d'Etat pour prendre un décret à caractère impératif est plus ou moins soumis à l'œil attentif de la Commission des Clauses Abusives qui peut rendre un avis sur le décret lorsqu'il est encore à l'état de projet.

⁶⁰⁰ A l'image de la loi allemande du 9 décembre 1976 (*AGB-Gesetz*) qui prévoit, elle, une liste « noire ».

⁶⁰¹ D. BOSCO, « Le contentieux des clauses abusives », Rapport de recherche, DEA de Droit privé, Faculté de droit, Aix-Marseille : Thémis, 1999, p. 4.

3° L'avis de la Commission des Clauses Abusives Loi

234. La mission de la Commission des Clauses Abusives (CCA). – Cette commission peut être saisie par le ministre de la consommation, par les associations de consommateurs, par elle-même, ou par tout professionnel ayant une question technique à lui soumettre concernant les clauses insérées au contrat⁶⁰². Elle a été spécialement instituée par la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 (article 36 devenu L.132-2 du Code de la Consommation) pour siéger auprès du ministre de la consommation. Ainsi, elle doit d'abord donner un avis sur les projets du Conseil d'Etat sans que celui-ci ne soit lié par cet avis ; elle a aussi pour rôle d'étudier des modèles de contrats rédigés par les professionnels et habituellement utilisés par eux. C'est une étude menée par la CCA qui vise à vérifier si ces contrats ne contiennent pas de clauses abusives au détriment du non professionnel, étude qui peut aussi tant renseigner le non professionnel sur ces droits que prévenir le professionnel qu'il doit revoir son contrat.

235. Les limites de sa mission. – Cependant, l'importance de cette mission est légèrement limitée par l'encadrement qu'opère l'article 38 de la loi de 1978 selon lequel l'étude réalisée par la Commission ne peut être publiée que si celle-ci ne révèle pas « l'identification de situations individuelles ». Dès 1979, plus précisément, la Commission publie des recommandations ; le 24 mai 2007, celle-ci en a rendu une que l'on pourrait analyser comme étant un guide à tout intéressé, et selon laquelle les dénominateurs communs des clauses abusives seraient d'une part celles comportant une condition potestative (soit, une condition dépendant de la seule volonté d'une seule partie), et celles caractérisées par leur unilatéralité (soit, une clause qui ne joue que contre l'une des parties ou une clause qui ne joue qu'en faveur d'une des parties⁶⁰³). Même si ses recommandations et avis ne lient pas le Conseil d'Etat, qui n'a pas suivi un très grand nombre de recommandations rendues par elle, la Commission occupe cependant un rôle utile dans la lutte contre les clauses abusives.

La procédure de détermination des clauses abusives définie par la loi de 1978, bien que parfaitement organisée entre le juge, le Conseil d'Etat et la Commission des clauses abusives, présente néanmoins des défauts évidents qui entraîneront l'échec de cette loi, puis sa réforme, devenue nécessaire.

⁶⁰² G. TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, p. 356.

⁶⁰³ J.-M. BRUGUIÈRE, « Contrat du commerce électronique », séminaire du 28 avril 2010 tenu à l'Université d'Avignon.

II. L'échec de la loi de 1978

C'est à la fois la mise en retrait du pouvoir judiciaire (A) et l'absence de la détermination réglementaire dans la détermination des clauses abusives (B) qui sont considérées comme étant à l'origine de l'échec de la loi de 1978, la combinaison des deux éléments entraînant la paralysie de la réglementation des clauses abusives.

A. Le pouvoir judiciaire en retrait

Le premier rôle dans la procédure de détermination des clauses abusives est ainsi expressément réservé, selon la loi de 1978, au pouvoir réglementaire (1) qui place le pouvoir judiciaire au second rôle (2) dans la procédure de détermination des clauses abusives.

1° Le premier rôle au pouvoir réglementaire

236. Une procédure strictement réglementaire. – La procédure de qualification des clauses abusives est strictement réglementaire. A l'origine, la prédominance dans la détermination des clauses abusives était accordée au pouvoir réglementaire car l'on redoutait d'une part, que l'effet relatif de la chose jugée ne rende les décisions des juges trop peu dissuasives et que les consommateurs ne se découragent face à la procédure qui se présentait à eux et au coût que pouvait avoir celle-ci, sans garantie de succès.

D'autre part, il s'agissait aussi de contrer le danger que posait l'imprécision des critères de détermination des clauses abusives. Ces derniers auraient permis une trop grande liberté au juge dans le processus de qualification d'une clause abusive selon les critères posés, ce qui aurait été une « source d'insécurité juridique », selon le législateur, à cause du risque d'un abus dans le « maniement de ce concept »⁶⁰⁴. L'équilibre du droit des contrats était ainsi menacé par le fait que l'imprécision des critères de l'« avantage excessif » et de l'« abus de puissance économique » aurait créé une hétérogénéité de la jurisprudence dangereuse pour cet équilibre.

Par ailleurs, cette liberté aurait ralenti les procédures judiciaires puisque le juge aurait alors pris le temps de se prononcer sur l'abus de telle ou telle clause. On redoutait que

⁶⁰⁴ G.TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, *précité*, p.353.

le pouvoir d'équité du juge n'entraîne l'engorgement des tribunaux à cause d'une « certaine inadaptation des structures judiciaires »⁶⁰⁵, ou, autrement dit, l'on préférerait, à un examen judiciaire complet et lent, une norme figée et imparfaite. Selon le professeur D. BOSCO, il était dit qu'« un contentieux de masse ne se satisfait pas de solutions individuelles ». Cet état était justifié par le fait que même si la liste prévue par la loi de 1978 pour la réglementation des clauses insérées aux contrats était critiquée pour « court-circuiter » l'appréciation judiciaire des clauses, elle était surtout la solution idéale à un problème qui avait vocation à se poser dans de très nombreux litiges, due notamment à l'évolution de l'Internet et des contrats électroniques.

Face à la prévalence du pouvoir réglementaire, où au « glissement », selon une expression empruntée à J. CALAIS-AULOY et L. BIHL, du pouvoir judiciaire vers le pouvoir administratif, le juge ne peut que constater qu'il n'agira que dans une moindre mesure dans le processus de qualification.

2° Le second rôle au pouvoir judiciaire⁶⁰⁶

237. Le juge a été évincé de la détermination des clauses abusives, alors que les projets préparatoires relatifs à l'élaboration de la loi du 10 janvier 1978 prévoyaient au départ de lui conférer le pouvoir de qualifier une clause d'« abusive » mais aussi de l'éliminer. Préalablement à la loi du 10 juillet 1978, avait été élaborée celle du 9 juillet 1975 qui prévoyait, presque à l'identique, que le juge pouvait selon les cas, modérer ou augmenter des clauses pénales « manifestement excessives ou dérisoires ». Le juge a alors usé de ce pouvoir avec parcimonie, neutralisant les craintes d'une partie de la doctrine qui estimait, lors du débat lancé quant à la cohérence de la loi de 1978, que donner un pouvoir plus important au juge remettrait en cause la sécurité juridique et condamnerait le principe de l'autonomie de la volonté des parties au contrat⁶⁰⁷.

238. Un juge réservé. – L'hésitation du législateur de donner la préférence au pouvoir réglementaire était due au fait que le juge avait semblé faire preuve d'une certaine réserve dans son maniement des concepts de bonne foi (article 1134 alinéa 3 du Code civil) et/ou

⁶⁰⁵ D. BOSCO, « Le contentieux des clauses abusives », Rapport de recherche, DEA de Droit privé, Faculté de droit, Aix-Marseille : Thémis, 1999, *précité*, p. 5.

⁶⁰⁶ On parle même de « déjudiciarisation » : D. BOSCO, « Le contentieux des clauses abusives », Rapport de recherche, DEA de Droit privé, Faculté de droit, Aix-Marseille : Thémis, 1999, *précité*.

⁶⁰⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013, *précité*.

d'équité (article 1135 du Code civil), qui lui permettaient déjà de trouver une justification à ses interventions dans le contrat⁶⁰⁸ ; l'objectif était de lui donner d'autres armes afin d'assurer une protection efficace du consommateur. Le juge était censé occuper une fonction décisive dans la loi de 1978. Cette hésitation peut aussi s'expliquer par le fait qu'il est d'usage et d'autorité constitutionnelle de préserver le champ d'action du pouvoir judiciaire, et celui notamment du rétablissement de la justice dans une situation litigieuse opposant une victime et un coupable. Hors ce champ d'action est en partie retiré au juge puisque sa seule prérogative, dans une situation litigieuse mettant en application la loi de 1978, était d'appliquer cette loi et donc de mettre en œuvre les décrets pris par le Conseil d'Etat en accord avec cette loi de façon « quasi-mécanique » (une paralysie forcée qui ne l'empêchait pas de passer par d'autres chemins pour intervenir activement dans le contrat, voire, qui l'y encourageait⁶⁰⁹).

239. Le paradoxe de la loi de 1978. – Il semble qu'un paradoxe lié au désir du législateur de faire du juge un élément secondaire à travers la loi de 1978 soit contradictoire avec le Code civil. Faire du juge un simple « applicateur » législatif est contraire notamment à son article 5 selon lequel : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Selon cette disposition le juge ne devrait pas seulement se référer aux textes pour n'en faire qu'une application linéaire mais bien évidemment en adapter le contenu aux cas d'espèce. Un tel constat nous amène à nous demander si le contenu de la loi de 1978 n'entre pas directement en conflit avec le Code civil car c'est bien le juge et non le Conseil d'Etat qui sera confronté aux litiges du droit de la consommation auxquels il devra appliquer la loi de 1978. En effet, le Code civil prévoit effectivement de faire du juge un membre actif de lutte contre les contrats déséquilibrés. Le Code civil permettrait même au juge de maintenir un certain « contrôle » quant aux clauses insérées aux contrats, selon l'expression du professeur D. BOSCO.

Ce « glissement » du pouvoir judiciaire vers le pouvoir administratif s'est d'autant plus soldé par un échec que l'objectif poursuivi par la loi de 1978 de donner au juge un rôle secondaire fut contré par un juge conservant la maîtrise dans le domaine du contentieux

⁶⁰⁸ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Préface C. SAINT-ALARY HOUIN, Tome I de l'Institut de Droit des Affaires à l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2000, p. 26.

⁶⁰⁹ L'article 1134, alinéa 3 exigeant des parties qu'elles exécutent les conventions formées entre elles de bonne foi, est l'un de ces chemins pouvant être empruntés par le juge. A titre d'exemple : Cass, 3^e civ. 11 mai 1976, n° 74-10.933, Bull. civ. III, n° 193, p. 150 ; Cass, 3^e civ. 8 avril 1987, n° 85-17.596, Bull. civ. 1987 III, n° 88, p.53 ; Cass, 1^{re} civ. 21 juillet 1987, n° 84-15.987, Bull. civ. I, n° 241, p.176 ; Cass, com. 29 janvier 1985, Bull. civ. IV, n° 42 ; Cass, com. 3 janvier 1989, n° 87-13.691, Bull. civ. IV, n° 3, p. 2.

contractuel, au travers tant des articles 1129, 1134, 1135 et 6 du Code civil⁶¹⁰ que par le biais de l'articulation de la théorie de l'abus de droit.

L'origine de l'échec serait donc le fait d'une contradiction dans l'objectif poursuivi par la loi de 1978. Le législateur voulait faire du juge un simple exécutant de cette loi alors que son rôle premier est d'ajuster les normes législatives et réglementaires aux différentes situations litigieuses se présentant à lui. Il est logique et nécessaire que ces normes ne soient pas figées et qu'il appartienne au juge de les adapter aux cas d'espèces. En d'autres termes, l'échec du système « Scrivener » s'explique par une mise en échec de l'office du juge.

La détermination des clauses abusives sous couvert du pouvoir réglementaire prévue par la loi de 1978 semble porter en elle de multiples défauts, préludes de la déception que présentera finalement le procédé.

B. L'absence de la détermination réglementaire

Les limites que présente la détermination réglementaire (1) se traduisent par son absence. Cette absence est d'autant plus significative qu'elle entraîne un affranchissement des listes réglementaires par la Cour (2)

1° Une détermination réglementaire limitée

Le fait que la loi de 1978 n'ait connu qu'un unique décret (a) est significatif d'une détermination réglementaire limitée. C'est aussi parce que le support de l'article 35 de la loi de 1978 est restreint et insuffisant pour la qualification des clauses abusives (b), que l'on peut qualifier la détermination réglementaire de « limitée ».

a) L'unique décret de 1978

240. Le décret du 24 mars 1978. – Malgré le rôle que lui réservait la loi de 1978, le Conseil d'Etat n'en a pas vraiment profité (à l'inverse de la Commission des clauses abusives qui a beaucoup usé de son pouvoir de publication de recommandations) : il n'a rendu qu'un seul décret par application de l'article 35, alinéa 1^{er} de la loi, celui n°78- 464 du 24 mars 1978

⁶¹⁰ D. BOSCO, « Le contentieux des clauses abusives », Rapport de recherche, DEA de Droit privé, Faculté de droit, Aix-Marseille : Thémis, 1999, p. 5, *précité*.

qui visait trois clauses abusives⁶¹¹ et ne concernait que les clauses insérées dans les contrats de vente (article 2 du décret)⁶¹². Une décision du Conseil d'Etat du 3 décembre 1980 avait annulé l'article 1^{er} qui prévoyait la clause de référence « constatant l'adhésion du consommateur à des stipulations contractuelles ne figurant pas sur l'écrit qu'il signe »⁶¹³ ; cette clause ne créait pas un avantage excessif en faveur du professionnel et n'entraînait donc pas dans le champ des clauses abusives prévues par l'article 35 de la loi de 1978.

Les deux articles restants (articles 2 et 3) prévoyaient : dans la vente (article 2), la clause abusive est celle ayant pour objet ou effet de réduire le droit à réparation du non professionnel dans le cas où le professionnel manquerait à ses obligations ; dans tout contrat (article 3), l'est la clause prévoyant la possibilité pour le professionnel de modifier unilatéralement une ou plusieurs caractéristiques fondamentales du produit ou du service prévu au contrat⁶¹⁴ (c'est-à-dire portant sur la qualité essentielle du produit ou son prix).

La portée de ces dispositions a été remise en cause : des prohibitions du même ordre existaient déjà dans le droit commun des contrats par le biais des notions de garanties des vices cachés, et de consentement. Mais au regard de la vente, le consommateur ne pouvait, s'agissant de l'utilisation de services, qu'utiliser les dispositions relatives au louage prévu à l'article 1721 du Code civil et au prêt à usage à l'article 1891 pour se prémunir des difficultés issues des vices cachés. Toutefois, la protection du consommateur dans le domaine des services n'est pas satisfaisante.

Il faut néanmoins tempérer les craintes éprouvées à l'égard du comportement passif du pouvoir administratif dont l'échec peut être compris au travers d'une double difficulté : celle de l'insuffisance du support de l'article 35 de la loi de 1978, et celle tenant à des considérations « politico- économiques ».

⁶¹¹ Ces décrets seront intégrés aux articles (anciens) R.132-1 et R.132-2 du Code de la consommation, réformés ensuite par l'entrée en vigueur des articles 1 et 2 du décret n°2009-302 du 18 mars 2009 « portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation ».

⁶¹² Ce n'est que bien plus tard qu'un second décret verra le jour ; il s'agit de celui n° 2005-1450 du 25 novembre 2005 « relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs » (article R.132-2-1 du Code de la consommation), réformé ensuite par l'entrée en vigueur de l'article 3 du décret n°2009-302 du 18 mars 2009 « portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation ».

⁶¹³ G. TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, *précité*, p.357.

⁶¹⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013, *précité*.

b) L'insuffisance du support de l'article 35 de la loi de 1978

241. Un support restrictif. – L'un des défauts du texte de 1978 résidait dans le fait que ce texte prévoyait que seul un décret en Conseil d'Etat pouvait prévoir que certaines clauses seraient jugées abusives et sanctionnées en conséquence. Une telle disposition menaçait le bon fonctionnement du système de lutte contre les clauses abusives en étant trop limitatif et en ne permettant pas l'intervention du juge pour pallier les difficultés que pouvait présenter le système. Une telle menace s'étant produite par une carence réglementaire ; la doctrine était fondée à critiquer l'article 35 de la loi qui ne mesurait pas l'étendue du contentieux des clauses abusives et qui, en voulant être pragmatique, était trop restrictif.

242. Un support flexible. – L'épilogue aurait pu être tout à fait différent car le texte de l'article 35 de la loi de 1978 était ainsi rédigé : « Dans les contrats conclus entre professionnels ou non professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées par des décrets en conseil d'Etat [...] ». La rédaction du texte ne se veut pas inflexible car l'insertion du verbe « peuvent » pourrait signifier que la détermination des clauses abusives n'était pas une prérogative réservée au pouvoir administratif. Il ne lui était pas imposé une obligation ; une lecture du texte laisse entrevoir que le pouvoir judiciaire peut aussi intervenir dans ce domaine. La volonté du législateur était précise ; les travaux préparatoires de l'élaboration du texte de 1978 révélaient une opposition à une intervention concurrente du pouvoir judiciaire⁶¹⁵.

« Le droit des clauses abusives était mal né »⁶¹⁶, et le juge se retrouvait pieds et poings liés par la loi de 1978 ; le Conseil d'Etat avait confirmé le contenu limitatif de son article 35, alinéa 1^{er}. Néanmoins le système réglementaire de principe, pris une tournure différente.

⁶¹⁵ Le professeur P. DELEBECQUE avait fait remarquer que le décret n'était pas le seul outil disponible aux mains du juge : « A ce stade, le juge ne perd pas tout pouvoir, car il lui reste le droit d'invoquer d'autres notions de base : vice du consentement, objet, cause et spécialement essence du contrat », in P. DELEBECQUE, note sous « Cass, 1^{re} civ. 6 décembre 1989, n° 88-16.727, Bull. civ. 1989 I, n° 379, p. 255, *École internationale d'hôtesse de Tunon c. Mme Forillière* », JCP G juillet 1990, vol. II, n° 29, 21534.

⁶¹⁶ G. PAISANT, « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993) », JCP G 22 Juin 1994, n° 25, I 3772.

2° L'affranchissement des « listes » par la Cour

A travers divers arrêts, la Cour s'émancipe progressivement de la loi de 1978 par un abandon du décret. Le juge national, face à une situation ambiguë démontre une volonté de s'extraire de la contrainte réglementaire. Divers arrêts vont illustrer cette jurisprudence : les premiers infléchissements (a) largement confirmés (b) vont révéler une application extensive par la Cour de cassation de la réglementation des clauses abusives aux litiges qui lui sont soumis.

a) Premiers infléchissement

L'application extensive se traduit dans la jurisprudence par des constructions juridiques permettant de faire entrer des clauses qui paraissent abusives dans le champ d'application du décret pour être effectivement qualifiées d'abusives par le juge.

243. Arrêt « Hom Salon ». – L'application par la Cour de la réglementation des clauses abusives (soit, de la loi et du décret) apparaît d'abord dans un arrêt du 16 juillet 1987⁶¹⁷. En l'espèce, un client avait commandé du mobilier à la société *Hom Salon* à laquelle il avait versé un acompte. Le vendeur lui avait précisé sur le bon de livraison que le délai de livraison fixé à deux mois n'était qu'indicatif et que l'acheteur ne pourrait récupérer son acompte que dans les quatre-vingt-dix jours suivant une mise en demeure restée sans effet. Suite à un retard de livraison et après avoir envoyé cette mise en demeure, la livraison a lieu un mois et huit jours plus tard ; l'acheteur (consommateur) la refuse et demande l'annulation du contrat, que les juges du fond rejettent.

La Cour considère que la clause prévoyant le délai de livraison et le droit à réparation est abusive, en déclarant, au visa de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 et des articles 2 et 3 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 : « Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que sont interdites et réputées non écrites les clauses, relatives notamment à la livraison de la chose et aux conditions de résolution de la convention lorsqu'elles apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ; qu'il résulte du second qu'est abusive la clause ayant pour objet, ou pour effet, de supprimer ou de réduire le droit à réparation du

⁶¹⁷ Cass, 1^{re} civ. 16 juillet 1987, n° 84-17.731, Bull. civ. 1987 I, n° 226, p. 166.

non-professionnel en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

Pour la Cour, le professionnel disposait d'un avantage excessif par son appréciation discrétionnaire du délai de livraison et par la clause réduisant le droit à réparation pour le consommateur en cas de manquement par le professionnel à son obligation essentielle de délivrance dans le délai prévu. La Cour de cassation, tout comme en droit belge notamment⁶¹⁸, procède à une distribution de l'article 35 de la loi de 1978 qu'elle applique au délai de livraison et des articles 2 et 5 de l'unique décret pris en Conseil d'Etat articles 2 et 3 qu'elle applique pour la restriction de la responsabilité du professionnel.

Plus tard, la Cour poursuivra son chemin à travers deux arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation des 25 janvier et 6 décembre 1989.

244. L'arrêt « Kodak ». – Concernant l'arrêt du 25 janvier⁶¹⁹, il s'agissait de deux films confiés à la société « Kodak » (professionnel), par un consommateur, et qui avaient été égarés. Le professionnel avait néanmoins prévu une clause limitant sa responsabilité au simple remplacement du film en cas de perte, ou de détérioration de ce dernier : « Tout film accepté pour traitement est réputé avoir une valeur qui n'excède par son prix de tarif. La responsabilité de Kodak, le professionnel, est donc limitée au remplacement du film perdu ou détérioré ». Mais il s'avère que ce dernier n'établit pas la distinction entre le prix de la pellicule et le prix de son développement.

Le Tribunal d'instance de Mulhouse condamne cette clause en vertu de l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ce que confirme la Cour de cassation : « Mais attendu que le tribunal d'instance a relevé que l'offre faite par la société Kodak Pathé de traiter le film a été connue et acceptée de M.X..., non pas au moment du dépôt du film pour son développement, mais au moment de l'achat du film et que le prix global ne distinguait pas entre le coût de la pellicule et le coût de son traitement ; que la juridiction a ensuite énoncé, par une appréciation souveraine, que, par la volonté des parties, l'acte juridique passé par M. X... était indivisible ; que, dès lors, le caractère de vente qu'il présentait, fût-ce de manière partielle, entraînait l'application de l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ».

⁶¹⁸ C. BIQUET-MATHIEU, « Les contrats du consommateur », rapport de droit belge, texte provisoire arrêté au 10 juillet 2007, rendu aux journées colombiennes Bogota-Carthagène du 24 au 28 septembre 2007 organisées par l'association Henry CAPITANT, p. 18.

⁶¹⁹ Cass, 1^{re} civ. 25 janvier 1989, n° 87-13.640, Bull. civ. 1989 I, n° 43, p. 28.

Une telle décision est cependant critiquée par une partie de la doctrine qui considère que le contrat doit s'analyser non comme un contrat de vente, mais comme un contrat d'entreprise. Or, l'article 2 du décret du 24 mars 1978 n'est applicable qu'aux contrats de vente ; la clause qui prévoyait la réduction du droit à réparation du consommateur aurait été valable si le contrat litigieux avait été qualifié de contrat d'entreprise. En réalité, deux contrats se succèdent : le client achète un film vierge puis, dans un second temps, il le confie au laboratoire au nom d'un louage d'ouvrage. Une telle clause limitative de responsabilité n'est pas valable dans un contrat de vente, et l'argument du consommateur a alors consisté à évoquer un « acte juridique indivisible » présentant de manière partielle le moment de la vente qui faisait alors partie de tout le processus industriel. La clause jouait non pas seulement au moment du développement de la pellicule mais aussi au moment de sa vente, ce qui la rendait abusive, et donc nulle⁶²⁰. Cet argument est accueilli favorablement par la Cour de cassation.

Mais son analyse est critiquée car elle brouille les catégories par le biais d'une fiction juridique : elle fait d'un contrat qualifié de louage d'ouvrage un contrat de vente, or, comme le dit un adage de la *common law*, « la fiction ne doit léser personne ». Par cette décision, la Cour de cassation opère une extension du champ d'application du droit de la consommation⁶²¹.

245. L'arrêt de l'école d'hôtesse de l'air de Tunon. – Le 6 décembre 1989⁶²², la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation montre une certaine rigueur dans son application des dispositions protectrices du consommateur. Dans cet arrêt, elle se prononçait dans un litige opposant un consommateur à une école privée qui imposait le paiement de frais de scolarité par avance. Les juges du fond avaient qualifié la clause qui prévoyait ce paiement par avance

⁶²⁰ Précédent jurisprudentiel de la Cour d'appel de Toulouse qui avait, dans un arrêt du 23 juin 1988, refusé d'appliquer la disposition de 1978 parce que le contrat, qualifié de contrat de louage d'ouvrage, n'entraînait pas dans le champ d'application de la loi. La Cour avait alors considéré qu'il s'agissait pour partie d'une vente, et que devait être appliquée la disposition relative aux clauses abusives, même si ce contrat n'était que partiellement qualifié de contrat de vente.

⁶²¹ Le 6 juin 1990, la Cour réaffirme sa position dans une affaire similaire à celle de *Kodak* : Cass, 1^{re} civ. 6 juin 1990, n° 88-18.150, Bull. civ. 1990 I, n° 145, p. 104 : « Vu l'article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 ; Attendu que, selon ce texte, dans les contrats de vente conclus entre des professionnels, d'une part, et, d'autre part, des non-professionnels ou des consommateurs, est interdite comme abusive au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à une quelconque de ses obligations ; Attendu qu'en se déterminant comme elle a fait au motif que le contrat litigieux doit, dans son ensemble, être qualifié de contrat de louage d'ouvrage alors que la propriété des films étant transférée à l'acheteur avant que ces films soient soumis au travail du professionnel, cette convention présente pour partie le caractère d'une vente qui entraîne l'application du texte susvisé, la cour d'appel a violé celui-ci ».

⁶²² Cass, 1^{re} civ. 6 décembre 1989, n° 88-16.727, Bull. civ. 1989 I, n° 379, p. 255, *École internationale d'hôtesse de Tunon c. M Forillière* ; JCP G juillet 1990, vol. II, n° 29, 21534, note P. DELEBECQUE, *précité*.

d'abusives. La Cour leur reproche de n'avoir pas caractérisé en quoi cette clause était abusive. Elle conclue, au visa de l'article 1134 du Code civil : « Attendu qu'en refusant de faire application d'une clause contractuelle claire et précise, qui dérogeait à l'usage invoqué, sans caractériser en quoi elle serait constitutive d'un abus de nature à la priver d'effet, le Tribunal a violé le texte susvisé ».

Les juges du fond s'étaient simplement basés sur le fait que la clause « dérogeait à l'usage ». Or, pour la Cour cette simple constatation ne suffit pas, encore faut-il déterminer les éléments qui donnent à la clause son caractère abusif. La Cour censure l'arrêt rendu par les juges du fond en ce qu'ils n'ont pas suffisamment motivé la solution.

Ces premiers infléchissements, véritables « précédents » jurisprudentiels⁶²³, conduisent progressivement le juge à assumer cette jurisprudence et à rendre des décisions dans le même sens qui ne font que la confirmer.

b) Confirmation de l'application extensive de la réglementation des clauses abusives par la Cour

Avant que la loi de transposition n'intervienne en 1995 pour pallier le défaut du système réglementaire, la Cour de cassation poursuit son œuvre et détermine si une clause doit être déclarée abusive. L'arrêt « Lorthioir » de 1991 en est l'illustration la plus significative. Il est possible que cet arrêt, ajouté à la jurisprudence précédemment évoquée, ait inspiré la réforme de 1993.

246. Arrêt « Lorthioir ». – Dans un arrêt « Lorthioir » du 14 mai 1991⁶²⁴, considéré comme l'achèvement du mouvement jurisprudentiel en faveur du relevé d'office du juge⁶²⁵, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir réputé abusive une clause exonératoire de responsabilité insérée dans le contrat sans pour autant viser l'article 35 de la loi de 1978. Cet arrêt est un véritable « coup d'État »⁶²⁶ et une source d'inspiration pour le législateur français⁶²⁷.

⁶²³ Dans un rapport de la Cour de cassation celle-ci déclare qu'elle « mesure le chemin parcouru depuis l'arrêt du 25 janvier 1989 ».

⁶²⁴ Cass, 1^{re} civ. 14 mai 1991, n° 89-20.999, Bull. civ. 1991 I, n° 153, p. 101, *Lorthioir contre Baucheron ou Minit France* ; JCP G 27 novembre 1991, n° 48, vol. II 21763, note G. PAISANT.

⁶²⁵ J. MESTRE, « La reconnaissance expresse du pouvoir pour le juge de condamner directement une clause abusive », *RTD Civ.* 1991, p. 526.

⁶²⁶ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives », *Rép. Civ.* juin 2014, *précité*.

⁶²⁷ G. PAISANT, « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G* 22 Juin 1994, n° 25, I 3772, *précité* : « Par souci d'efficacité, la jurisprudence du 14 mai 1991

Il s'agissait dans cet arrêt d'une affaire similaire à celle tranchée par le juge en 1989, car le litige opposait ici un laboratoire de développement de films et un consommateur ; ils avaient conclu un contrat à travers des bulletins de dépôts de diapositives sur lesquelles le professionnel avait fait apposer une clause dans laquelle il récusait sa responsabilité en cas de perte, ou d'empêchement. A la suite de la perte d'un film, le juge a été amené à statuer sur la responsabilité du professionnel (la société Minit France).

La Cour approuve les juges du fond de Béthune qui avaient qualifié la clause d'abusives, et conclut : « [...] Attendu, ensuite, qu'ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite ; d'où il suit que le moyen ne peut être retenu en aucune de ses deux branches ».

Si l'article 1789 du Code civil apparaît dans la première partie de la solution pour retenir la responsabilité de la société en cause et renverser la charge de la preuve d'une faute⁶²⁸, il n'y a pas l'ombre d'une référence à la loi de 1978 pour approuver la solution des juges du fond⁶²⁹. En effet, c'est à travers l'emploi de l'« avantage excessif » et de la « position économique » que l'on retrouve les critères retenus par la loi de 1978 pour qualifier une clause abusive. Si la loi exige que la clause apparaisse au sein d'un décret pris en Conseil d'Etat, la Cour n'en fait aucunement mention, et c'est donc sans lui qu'elle relève le caractère abusif de la clause exonératoire de responsabilité.

D'autres arrêts, plus secondaires, confirment la direction prise par la Cour.

mériterait d'être consacrée en ce qu'elle reconnaît au juge le pouvoir d'éliminer une ou plusieurs stipulations d'un contrat au motif qu'elles sont abusives dans les termes d'une définition générale donnée par la loi ».

⁶²⁸ Sur la charge de la preuve : Cass, 1^{re} civ. 24 mars 1987, n° 85-15.779, Bull. civ. 1987, I, n° 106, p. 79 : « Vu l'article 1789 du Code civil ; Attendu qu'il résulte de ce texte que l'ouvrier qui fournit seulement son travail ou son industrie n'encourt aucune responsabilité si la détérioration de la chose ou des matières qu'il a reçues à façonner ne provient pas de sa faute, ce qu'il doit établir ; [...] Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le teinturier, locateur d'ouvrage, pouvait se libérer en établissant qu'il n'avait commis aucune faute, ce que M. X... soutenait en invoquant les résultats d'une étude technique concluant que l'état de dégradation du tissu n'était pas décelable à l'œil nu, même par un spécialiste, lors de la réception du vêtement, et en prétendant que la détérioration provenait du propre fait de Mme Y... qui avait essayé de nettoyer elle-même ce vêtement avant de le porter chez le teinturier, le Tribunal a violé le texte susvisé ».

⁶²⁹ Ni même à l'article 1134 du Code civil qu'elle avait déjà utilisé : Cass, 1^{re} civ. 6 décembre 1989, n° 88-16.727, Bull. civ. 1989 I, n° 379, p. 255, *précité*.

247. Arrêt « Ufith ». – Le 7 juillet 1992⁶³⁰, la première chambre civile retient la faculté du juge de relever d'office un moyen d'ordre public, issu, en l'espèce, de la loi du 10 janvier 1978 sans toutefois en faire une règle absolue. Elle décide, au visa des articles 9, alinéa 1^{er}, et 28 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, qu' : « Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que lorsque l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financés, les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation ; qu'aux termes du second, les dispositions de cette loi sont d'ordre public ».

En l'espèce il s'agissait d'un prêt accordé par un prêteur à un consommateur en vue de son acquisition d'une cuisine aménagée assortie de la remise d'un « bon à payer ». L'achat de la cuisine avait été annulé par le consommateur, mais le « bon à payer » avait permis le déblocage des fonds par le prêteur entre les mains du vendeur. Le prêteur en réclamait donc le remboursement auprès du consommateur au titre du contrat de crédit. Pour casser l'arrêt rendu par les juges du fond qui avaient condamné le consommateur au remboursement du crédit, la Cour a fait une application de la loi de 1978 et consacré le principe de l'interdépendance du contrat principal et du contrat de crédit pour permettre à l'annulation de la vente d'entraîner celle du prêt. Ce faisant, elle condamne la pratique du « bon à payer », dangereuse pour les consommateurs⁶³¹.

248. Un moyen d'ordre public. – Si la Cour fait apparaître la notion d'ordre public dans sa décision, il convient de rester prudent sur ses intentions. En effet, elle fait une application stricte de la règle de droit applicable en l'espèce pour trancher le litige qui lui est soumis. Or, la règle de droit (soit, l'article 28 de la loi du 10 janvier 1978) prévoit que : « Les dispositions de la présente loi sont d'ordre public ». Sa solution apparaît donc comme une transcription des dispositions protectrices du consommateur prévues par la loi de 1978 ; l'article 12 du CPC lui imposant de trancher le litige en droit, il fallait appliquer la loi de 1978. Les articles 7 et 4 du CPC lui permettent de le faire sans violer le principe dispositif puisque le crédit fait partie des éléments du débat, il est l'objet du litige.

La Cour de cassation aurait pu ne rendre sa solution qu'au visa de l'article 9, alinéa 1^{er} de la loi. Si elle précise ici que cette loi est d'ordre public cela pourrait signifier qu'elle y était tenue en vertu du caractère d'ordre public de cette règle de droit. Son silence ne permet

⁶³⁰ Cass, 1^{re} civ. 7 juillet 1992, n° 89-15.383, Bull. civ. 1992 I, n° 224, p. 149, *époux Yan Ken c/ Ufith*.

⁶³¹ M. MAGNAN-FABRE, «La formation du contrat», in Droit des obligations, par Le Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne (URA CNRS 1471) sous la dir. de J. GHESTIN, JCP G, 2 décembre 1992, vol. I, n° 49, 3632.

pas d'affirmer que la première chambre civile reconnaît et imposera à l'avenir aux juges de relever d'office les moyens de droit d'ordre public de protection tirés de la loi de 1978.

La Cour envoie un message précis aux juges du fond : elle invite à trancher les litiges qui leur sont soumis au regard de la règle de droit que constitue la loi de 1978.

249. Arrêt « CRESERFI ». – La Cour de cassation confirme cette jurisprudence dans un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 26 mai 1993⁶³². Le litige opposait un consommateur à un prêteur dont le règlement intérieur prévoyait que serait retenue une somme à titre de dépôt qui leur serait remboursée à l'échéance du prêt. Cette somme n'ayant pas été remboursée, le consommateur la réclame auprès du juge. Le juge d'instance accueille cette demande, jugeant que la clause du règlement intérieur qui prévoit la retenue procure un avantage excessif au prêteur. Cette solution est sanctionnée par la Cour de cassation.

La Cour de cassation reprend mot pour mot les termes de l'article 35 de la loi de 1978 qu'elle appose au visa de la solution : « Attendu qu'il résulte de ce texte que sont réputées non écrites les clauses relatives à la charge du risque lorsqu'elles apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Aucune référence au décret n'est formulée dans cette solution. Pour la Cour, ces critères manquaient pour qualifier la clause abusive car « le contrat [était] fondé sur le principe de mutualisation des risques constitués par les prêts non remboursés par les emprunteurs et que ce contrat n'était pas imposé par un abus de puissance économique et ne conférait pas à cet organisme un avantage excessif ». Encore une fois, les juges s'extraient du pouvoir réglementaire par une application de la loi de 1978.

250. Arrêt « CGL ». – Dans un arrêt du 1^{er} décembre 1993⁶³³, la même chambre sanctionne le professionnel en raison de la présence de clauses contraires aux dispositions impératives de la loi du 10 janvier 1978 (relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit). Elle décide : « Mais attendu que l'arrêt attaqué a retenu que l'article 5 de la loi impose, dans l'offre préalable, le rappel des dispositions de l'article 22 qui interdit de mettre à la charge de l'emprunteur défaillant des coûts et indemnités autres que ceux prévus aux articles 20 et 21 [...] ; que la

⁶³² Cass, 1^{re} civ. 26 mai 1993, n° 92-16.327, Bull. civ. 1993 I, n° 192, p. 132, *CRESERFI*; JCP G 10 novembre 1993, n° 45, II 22158, note E. BAZIN.

⁶³³ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} décembre 1993, n° 91-20.894, Bull. civ. 1993 I, n° 354, p. 246, *CGL*.

cour d'appel en a exactement déduit que cette offre ne satisfaisait pas aux dispositions impératives de l'article 5 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, parce qu'elle contenait des clauses ajoutées aux mentions imposées par le modèle-type, qui aggravaient la situation de l'emprunteur en cas de défaillance de celui-ci [...] ».

La Cour estime que certaines clauses ajoutée par le professionnel en plus des mentions obligatoires du modèles-type sont contraires à la loi de 1978 puisqu'elles avaient été rédigées de sorte que le consommateur soit astreint à des obligations financières dépassant les limites légalement prévues, et aggravant sa situation. Ces clauses entraînent dans le champ d'application de la loi de 1978 car elles remplissaient les critères « d'avantage excessif » et « d'abus de puissance économique » prévus à l'article 35 de la loi de 1978 pour qualifier une clause abusive (que pourtant seul un décret pris en Conseil d'Etat peut faire apparaître sur la liste des clauses abusives). Le juge s'y rattache spécifiquement pour trancher le litige et sanctionner le professionnel.

251. Arrêt « Diac ». – C'est une position que rappelle la Cour dans un arrêt rendu le 6 janvier 1994⁶³⁴ à l'occasion d'un litige portant sur un contrat de location d'un véhicule, dans lequel le professionnel avait fait supporter à son cocontractant, consommateur, les risques de pertes et de détérioration. La Cour confirme la solution de la Cour d'appel de Grenoble par une application d'un des deux critères définis par l'article 35 de la loi de 1978 sans le faire apparaître dans sa solution : « Mais attendu que la cour d'appel a justement considéré que la clause litigieuse conférait à la Diac un avantage excessif en privant le preneur, tenu de restituer d'abord le véhicule, de toute possibilité de rechercher lui-même un acquéreur ou d'exercer un contrôle sur les conditions de la revente ». Le critère retenu dans cette solution est celui de « l'avantage excessif » ; il suffit à la Cour pour qualifier la clause litigieuse d'abusive.

252. Arrêt « Pigier ». – Plus tard, le 31 janvier 1995⁶³⁵, la première chambre civile de la Cour de cassation renforce sa jurisprudence en considérant qu'une clause peut être jugée

⁶³⁴ Cass, 1^{re} civ. 6 janvier 1994, n° 91-19.424, Bull. civ. 1994 I, n° 8, p. 6, *Diac*.

⁶³⁵ Cass, 1^{re} civ. 31 janvier 1995, n° 93-10.412, Bull. civ. 1995 I, n° 64, p. 45, *Diac* : « Vu l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 ; Attendu que, pour condamner M. et Mme X... à payer à la société Pigier la somme de 6 325 francs à titre d'indemnité de résiliation du contrat d'enseignement souscrit par eux pour leur fille, qui a dû abandonner cette scolarité en cours d'année, en invoquant des raisons de santé et un déménagement, le Tribunal énonce que l'article 6 du contrat, qui stipule le paiement d'une telle indemnité, égale à 30 % du prix total, en cas de résiliation en cours d'année, est une clause " licite que l'on retrouve dans de très nombreux contrats similaires et qui ne revêt pas un caractère abusif " ; Attendu qu'en se déterminant par ce motif inopérant, sans rechercher si l'indemnité ainsi imposée par l'école à ses clients lui procurait un avantage excessif, le Tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».

abusive même si elle est usuelle, neutralisant ainsi les contrats-types et ceux d'adhésion habituellement proposés par les professionnels. Le litige portait sur un contrat d'enseignement prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de résiliation. Le Tribunal d'instance avait condamné le consommateur au paiement de ces frais au motif que la clause qui prévoyait ce paiement ne pouvait pas être abusive car elle était présente « [...] dans de très nombreux contrats similaires [...] » ; la Cour de cassation sanctionne la solution du juge d'instance au visa de l'article 35 de la loi de 1978 : « Attendu qu'en se déterminant par ce motif inopérant, sans rechercher si l'indemnité ainsi imposée par l'école à ses clients lui procurait un avantage excessif, le Tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ». La Cour ne fait pas cas de l'habitude prise par les professionnels et exige des juges du fond qu'ils recherchent les éléments permettant de relever le caractère abusif de la clause.

Dans l'arrêt du 6 décembre 1989⁶³⁶, la Cour avait cassé la solution des juges du fond qui avaient retenu le caractère abusif d'une clause au seul motif qu'elle n'était pas usuelle. Ces deux affaires combinées permettent de placer le juge sur un terrain neutre ; peu importe la nature usuelle de la clause, il doit chercher à savoir si elle procure un « avantage excessif » au professionnel.

De l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de cassation se dégage une première forme de relevé d'office qui marque la prise d'indépendance de la Cour dans la détermination du caractère abusif de la clause alors que, dans le même temps, la loi du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation entre en vigueur⁶³⁷. Ce code s'inscrit au cœur des préoccupations et du débat quant au rôle à accorder au pouvoir judiciaire dans la détermination des clauses abusives. Il est souhaitable qu'à l'inverse, il ne souffre pas des contradictions entre les différentes considérations doctrinales, mais qu'il établisse une concordance dans les différentes dispositions législatives relatives à la protection du consommateur et ce dans l'intérêt de ce dernier.

253. La « prise d'indépendance » de la Cour. – Un décret en date du 10 mars 1993⁶³⁸ favorise le relevé d'office du juge. Il réforme la Commission des Clauses Abusives et renforce la lutte du juge contre les clauses abusives. En effet ce décret prévoit un article 4 dans lequel on peut lire que « lorsqu'à l'occasion d'une instance est soulevé le caractère abusif d'une clause [...], tel que défini à l'article 35 de la loi ». Le juge peut demander à la Commission

⁶³⁶ Note 245.

⁶³⁷ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 « relative au code de la consommation », *précité*.

⁶³⁸ Décret n° 93-314 du 10 mars 1993, « relatif à la Commission des clauses abusives ».

des Clauses Abusives de donner son avis sur une clause qui lui paraîtrait abusive. Selon une partie de la doctrine, une telle disposition ne peut fonctionner que s'il est reconnu au juge le pouvoir de relever d'office des clauses abusives sans l'intervention préalable d'un décret en ce sens⁶³⁹. La Commission soutient le juge dans sa mission de qualification des clauses abusives, soutien qu'elle assure d'autant plus qu'elle peut aussi émettre des recommandations, ce dont elle ne se prive pas.

Plus tard, le 13 novembre 1996⁶⁴⁰, la première chambre civile de la Cour de cassation considère que les recommandations de la CCA ne sont pas génératrices de règles et qu'elle n'est donc pas liée par elles. Ces arrêts marquent un véritable tournant de la jurisprudence qui manifeste ainsi sa volonté de se voir octroyer un pouvoir autonome en matière de clauses abusives. Lorsque la réforme de 1995 est entrée en vigueur, la Cour a maintenu sa jurisprudence qui se voulait exempt de toute liste susceptible de venir restreindre son office au regard des clauses abusives. Cela ne modifie pas la démarche de la Cour de cassation qui souhaitait se libérer de toute contrainte réglementaire afin d'apprécier le caractère abusif de la clause au regard des critères dégagés par la loi de 1978, et qui dispose désormais d'une faculté d'appréciation de la clause au travers du nouvel article L.132-1 du Code de la consommation entré en vigueur⁶⁴¹.

254. Arrêt « Mme Bonjour ». – Cette prise d'indépendance avait été relativisée par un arrêt du 10 février 1998⁶⁴². Les faits étaient similaires à ceux de l'arrêt « Tunon »

⁶³⁹ D. BOSCO, *Le contentieux des clauses abusives*, Rapport de recherche, DEA de Droit privé, Faculté de droit, Aix-Marseille : Thémis, 1999, *précité*, p. 6.

⁶⁴⁰ Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 1996, n° 94-17.369, Bull. civ. 1996 I, n° 399, p. 279, *précité* : « [...] Qu'enfin les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation ».

⁶⁴¹ Pour un exemple d'application par la Cour du nouvel article L.132-1 du Code de la consommation : Cass, 1^{re} civ. 19 juin 2001, n° 99-13.395, Bull. civ. 2001 I, n° 181, p. 116, *SA Press labo service c/ Mme Payan* : « Attendu que le jugement, qui relève que la clause litigieuse, était rédigée en des termes susceptibles de laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation du prix de la prestation, a exactement considéré qu'en affranchissant dans ces conditions le prestataire de service des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique, la clause litigieuse, qui avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, était abusive et devait être réputée non écrite selon la recommandation n° 82-04 de la Commission des clauses abusives ». A propos de cet arrêt, le professeur G. PAISANT avait considéré qu'il « [...] est difficile de ne pas voir, dans l'arrêt rapporté, la marque de la "doctrine" de la Commission. Celle-ci a, en effet, pris l'habitude de recommander l'élimination des clauses qui, par leur rédaction équivoque ou spéieuse, sont de nature à laisser le consommateur dans l'incertitude ou, pire, à l'induire en erreur sur l'étendue de ses droits pour, en particulier, lui donner à penser que ceux-ci sont plus limités que ceux auxquels il pourrait légalement prétendre [...] », ajoutant, en parlant toujours de la Commission, que « [...] si l'influence de ces recommandations est difficilement mesurable, celle-ci n'en est pas moins réelle », G. PAISANT, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », *JCP G* 21 novembre 2001, vol. II, n° 10631.

⁶⁴² Cass, 1^{re} civ. 10 février 1998, n° 96-13.316, Bull. civ. 1998 I, n° 53, p. 34, *SA Saint-Louis Union Académie c/ Mme Bonjour* ; *JCP G* 22 juillet 1995, vol. II, n° 30, 10124, note G. PAISANT.

précédemment développé⁶⁴³ puisqu'il s'agissait d'un litige portant sur le paiement par avance de frais de scolarité. La solution rendue par la Cour confirme cet arrêt mais aussi l'ensemble de la jurisprudence constante en faveur d'une émancipation par le juge du pouvoir réglementaire ; elle ne s'appuie encore une fois sur aucun décret pour déclarer la clause abusive : « [...] en relevant que ladite clause procurait à l'école un avantage excessif en imposant à l'élève le paiement des frais de scolarité, même en cas d'inexécution du contrat imputable à l'établissement ou causé par un cas fortuit ou de force majeure, la cour d'appel a, par ce seul motif et rejoignant la recommandation n° 91-01 du 7 juillet 1989 de la Commission des clauses abusives, légalement justifié sa décision ». Cette fois-ci le caractère abusif est motivé, et la Cour fait même une référence aux recommandations de la Commission des clauses abusives pourtant dépourvues de force obligatoire.

Au-delà d'une volonté de protection du consommateur, on devine que c'est à la procédure civile qu'il faut s'en remettre.

255. Une prise d'indépendance conforme à la procédure civile. – L'article 12 du CPC permet au juge de relever d'office les critères permettant de qualifier une clause d'abusives et invite le juge à faire une application extensive de la réglementation des clauses abusives : le premier alinéa de l'article 12 du CPC, en exigeant du juge qu'il tranche le litige conformément aux règles de droit, lui impose nécessairement de chercher la règle la plus efficace et la plus appropriée pour trancher le litige soumis devant lui. Néanmoins, le texte précise bien que le juge doit trancher le « litige ». *A contrario*, en l'absence de litige, le juge n'a pas à faire usage de son office⁶⁴⁴, ce qui rend critiquable les arrêts rendus par les tribunaux d'instance. Cette interprétation *a contrario* de l'article 12, alinéa 1^{er} n'est pas convaincante dans la mesure où la définition du « litige » n'est pas identifiée. Désigne-il un point de droit discuté par les parties ? Ou le conflit dans son ensemble ?

Les juges de la Cour font une application de la réglementation des clauses abusives dans un sens parfois favorable à celui du consommateur. Pourtant, ils se distinguent des juges du fond par leur attachement au respect de la procédure civile applicable aux litiges du droit de la consommation et qui vient encadrer l'application par le juge de la réglementation des clauses abusives issue des lois de 1978 et de 1995. La Cour de cassation peut donc être amenée à rendre des arrêts tant en faveur du relevé d'office du juge que des arrêts limitant ce pouvoir aux dépens de la protection du consommateur.

⁶⁴³ Cf. note 245.

⁶⁴⁴ X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, 11 avril 2001, n° 15-16, *précité*, p. 747.

Le relevé d'office du juge n'apparaît pas comme une brèche exposant le système à une insécurité juridique mais au contraire comme une solution. La réforme de 1995 qui matérialisera ensuite cette évidence mais d'une manière incertaine.

§ 2. Les incertitudes liées à la loi de 1995

256. La directive de 1993. – Le 5 avril 1993, le législateur communautaire adopte une directive minimale 93/13 relative aux clauses abusives⁶⁴⁵, transposée par la loi du 1^{er} février 1995⁶⁴⁶ qui a sensiblement modifié le Code de la consommation. Cette directive adoptée lors de la réalisation du marché intérieur pour amorcer un climat de confiance s'inscrit dans un ensemble de directives constituant le droit communautaire de la consommation désireux d'unifier et d'harmoniser les législations nationales et de faire entrer dans ce mouvement de protection du consommateur les Etats-membres retardataires.

Cette directive est à la fois un instrument qui précise la notion de clause abusive, qui renforce ce caractère abusif de la clause et qui consacre les pouvoirs du juge. Mais il faut préciser que la directive ne concerne pas un type de contrat en particulier puisqu'elle vise plus largement tout type de contrat dès lors qu'il est conclu avec un consommateur ou un non professionnel. Selon un rapport rendu par la Commission des affaires européennes, celle-ci déclare que cette directive « vise à éviter que le consommateur ne pâtit des clauses qui, en dépit des exigences de bonne foi, créent à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat⁶⁴⁷ ». La directive ne vise cependant que les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Les clauses individuellement négociées sont d'ailleurs très rares, car elles doivent être rédigées en commun par le professionnel et le consommateur. Même si la loi de transposition fait aussi mention des clauses dite « obscures » qu'elle prévoit à l'article L.133-2, alinéa 2 du Code de la consommation⁶⁴⁸, c'est une notion que l'on retrouvait déjà au sein de l'article 1162 du Code civil.

⁶⁴⁵ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *précité* ; sur cette directive, et l'évolution du droit de la consommation jusqu'à son apparition, v. A. SINAY-CYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G* 30 novembre 1994, vol. I n° 48, 3804.

⁶⁴⁶ Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 - article 3 JORF 2 février 1995.

⁶⁴⁷ Assemblée nationale du 25 novembre 2009, « Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur les droits des consommateurs », présenté par Mme Marietta KARAMANLI.

⁶⁴⁸ Article L.133-2 du Code de la consommation : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et

En effet, le contenu de la loi de 1995 de transposition de la directive émise par le droit communautaire détermine, de façon plus précise que ne le faisait la loi de 1978 restant en vigueur, les outils de détermination des clauses abusives (I). Si la procédure est plus adaptée, son contenu révèle pourtant des imperfections au sujet du relevé d'office du juge (II).

I. Le contenu de la loi de 1995 dans la détermination des clauses abusives

La loi de 1995 a tenté de donner un souffle nouveau à la réglementation des clauses abusives par la mise en place d'un critère unique de définition des clauses abusives (A), mais aussi par la création d'une liste exhaustive (B).

A. Le critère unique de définition des clauses abusives

La loi de 1995 reprend le critère du « déséquilibre significatif » (1) pour déterminer le caractère abusif de la clause litigieuse et dont la doctrine et la jurisprudence vont se faire les interprètes pour en apprécier l'emploi (2).

1° Le critère du « déséquilibre significatif »

257. Définition. – Le nouvel article L.132-1 du Code de la consommation (qui a presque repris les dispositions des articles 3 à 6 de la directive de 1993) prévoit en son alinéa premier que : « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Les clauses abusives dont le juge peut alors lui-même relever le caractère abusif sans décret préalable sont celles qui ont pour objet ou pour effet de créer un « déséquilibre significatif ». Ce critère, que l'on retrouve au sein du Code de commerce⁶⁴⁹, désigne le fait de rompre l'équilibre entre les droits et obligations des parties au

compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 ».

⁶⁴⁹ Article L.442-6, I, 2° du Code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Cet article se sert aussi du critère du

contrat, et ce, en défaveur du consommateur⁶⁵⁰. On ne parle plus alors de clauses créant un « avantage excessif » ou un « abus de puissance économique » au profit de l'un des cocontractants ; un seul critère est retenu. Le superlatif employé nous amène à penser qu'une clause simplement désavantageuse ne devra pas être considérée comme abusive.

258. Champ d'application. – Il semble que la loi vise à la fois les clauses ayant pour « objet » ou pour « effet » de créer un déséquilibre, englobant les clauses qui créent effectivement un déséquilibre significatif, mais aussi celles qui ont vocation à créer ce déséquilibre sans toutefois y parvenir. Telle est la conclusion de la première chambre civile de la Cour, le 14 novembre 2006⁶⁵¹, au sujet d'une clause insérée dans un contrat automobile qui laissait seulement entendre que le professionnel était exonéré de toute responsabilité ; la Cour appuie sa décision par un détachement des recommandations de la Commission des clauses abusives qu'elle avait déjà fait auparavant⁶⁵² : elle considère qu'une clause qui a pour effet de créer un déséquilibre significatif au profit du professionnel mais qui ne crée pas effectivement ce déséquilibre est abusive, comme le prévoit la disposition (le code visant les clauses qui ont pour « objet » ou pour « effet » de créer le déséquilibre).

Ce critère unique désormais désigné sous l'adjectif « déséquilibre significatif », nécessite des modalités d'appréciation dont il convient d'envisager les particularités. Il s'agit de comprendre de quelle manière les clauses peuvent être jugées abusives. Cette qualification des clauses est générale car elle s'effectue par une appréciation globale de cette dernière au regard du déséquilibre qu'elle produit. Il appartiendra donc au juge, au regard des modalités d'appréciation précisées par la directive, de qualifier cette clause d'abusives ou non.

déséquilibre significatif pour réglementer les pratiques restrictives de concurrence. Pour un rapprochement des dispositions du Code de commerce et du Code de la consommation, v. D. MAINGUY, «Le Conseil constitutionnel et l'article L.442-6 du Code de commerce», note sous Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *JCP E* 17 février 2011, n° 7, 1136 ; N. MATHEY, «Constitutionnalité de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce», note sous Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, *JCP CCC*, mars 2011, n° 3, comm. 62 ; J.-L. FOURGOUX, «Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives» *JCP CCC*, mars 2011, n° 3, étude 5.

⁶⁵⁰ A. ETIENNEY « *Droit des obligations* », Université de Bourgogne, licence 2, 2009/2010, p. 2 et 3.

⁶⁵¹ Cass, 1^{re} civ. 14 novembre 2006, n° 04-15.890, Bull. civ. 2006 I, n° 489, p. 424 : « Qu'en se déterminant ainsi, alors que, [...] la clause litigieuse, qui, par sa généralité [...] créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur et, partant, était abusive, peu important qu'elle ne soit pas contraire à une recommandation de la commission des clauses abusives, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁶⁵² Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 1996, n° 94-17.369, Bull. civ. 1996 I, n° 399, p. 279.

2° L'emploi du critère

Il existe plusieurs manières d'apprécier le caractère abusif d'une clause. Il y a celle de la « méthode du bilan » (a) mais aussi celle de la prise en compte de deux éléments indicatifs (b).

a) La « méthode du bilan »

259. La méthode de l'article L.132-1 C. Consum. – Cette méthode est réglementée par le cinquième alinéa de l'article L.132-1 du Code de la consommation, selon lequel : « [...] le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

Selon cette « méthode », l'appréciation du caractère abusif ne suppose pas simplement la constatation d'un désavantage ou d'un déséquilibre mais elle invite à une véritable mise en balance des situations propres à chacune des parties. Le juge évalue le caractère abusif de la clause selon deux moteurs de recherche, qui sont d'une part les circonstances de la cause, d'autre part le droit en lui-même. En effet, pour apprécier la clause, selon l'article 4 de la directive⁶⁵³, le juge tient compte de la nature des produits et services objets du contrat ; pour cela il doit prendre en considération le moment de la conclusion du contrat et toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même que toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend⁶⁵⁴.

⁶⁵³ Article 4 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » : « 1. Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

⁶⁵⁴ C. BQUET-MATHIEU, « *Les contrats du consommateur* », rapport de droit belge, texte provisoire arrêté au 10 juillet 2007, rendu aux journées colombiennes Bogota-Carthagène du 24 au 28 septembre 2007 organisées par l'association H. CAPITANT, p. 18, *précité*.

Mais cette méthode n'est pas la seule puisque le juge peut faire appel à d'autres éléments indicatifs.

b) Deux éléments indicatifs

Une autre analyse, au regard de l'actualité jurisprudentielle et du contenu de la directive et de la loi de transposition de 1995 a permis de dégager deux notions permettant de comprendre et d'user de ce nouveau critère d'appréciation des clauses abusives⁶⁵⁵. Ces deux notions, conditions nécessaires afin de donner corps au « déséquilibre significatif », sont l'absence de réciprocité (α) et la disproportion (β).

α) La condition d'absence de réciprocité

Cette notion apparaît à plusieurs reprises puisqu'elle intervient dans la formation du contrat, dans l'exécution du contrat, mais aussi dans la rupture du contrat. En général cette condition apparaît lorsque les clauses prévoient que l'une des parties, notamment le professionnel, profite d'un avantage de façon unilatérale, ou que le consommateur subisse seul le poids d'une obligation ne pesant pas sur le professionnel.

260. Dans la formation du contrat. – Concernant la formation du contrat, la clause abusive est celle qui prévoit par exemple que le consommateur est assujéti à une obligation fixe, tandis que le professionnel n'a à sa charge qu'une obligation conditionnelle. Le contrat manque de réciprocité puisque même si le contenu de l'obligation est de même importance, celle du professionnel est soumise à sa seule volonté. De la même façon, est abusive la clause prévoyant que le professionnel peut décider si le bien ou le service objet du contrat est conforme à ce qui était prévu. D'autres clauses abusives prévoient que le consommateur, en signant le contrat, adhère aussi aux clauses du contrat dont il n'a pas pris connaissance au moment de sa signature.

Enfin, les clauses selon lesquelles seul le consommateur aura l'obligation de payer des indemnités en cas de dénonciation de ce contrat sont abusives.

⁶⁵⁵ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Préface C. SAINT-ALARY HOUIN, Tome I de l'Institut de Droit des Affaires à l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2000, *précité*, p. 306.

D'autres clauses abusives par leur absence de réciprocité apparaissent aussi au moment de l'exécution du contrat.

261. Dans l'exécution du contrat. – Concernant l'exécution du contrat, les clauses visées sont celles qui prévoient, à la seule charge du consommateur, le poids des risques, ou donnent seulement au professionnel le pouvoir de modifier un élément du contrat, ou de pouvoir utiliser (en sa faveur) les mécanismes destinés à sanctionner l'inexécution du contrat. L'absence de réciprocité réside aussi dans l'inégalité du partage des bénéfices ou des pertes, ce que l'on qualifie de clauses léonines. Cette dernière semble plus facile à distinguer par rapport aux autres, puisqu'il suffit de lire le contrat pour s'en rendre compte. Néanmoins une partie de la doctrine considère que des clauses de ce type peuvent se cacher dans des modalités du contrat prévoyant que l'une des parties sera prémunie contre les aléas que pourrait subir la société.

262. Clause limitative de responsabilité. – Le 3 mai 2006⁶⁵⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation effectue une interprétation rigoureuse de l'article L.132-1 du Code de la consommation ; elle considère au visa du premier alinéa du texte que : « [...] l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne dépend pas du caractère principal ou accessoire de l'obligation contractuelle [...] ». En l'espèce, le caractère abusif de la clause litigieuse avait été invoqué par le consommateur et c'est le juge qui devait par la suite faire droit à sa demande ou non par une application des critères prévus à l'article cité au visa de sa solution.

Par une application stricte de ces derniers, la Cour assure une protection effective du consommateur dont il s'était vu refuser le bénéfice par les juges de la Cour d'appel de Lyon. Il s'agissait d'un contrat d'engagement conclu entre le consommateur et un professionnel pour la participation du premier à un événement organisé par le second. Le contrat s'accompagnait cependant du règlement de l'épreuve. A la suite d'un accident, et considérant que la clause limitative de responsabilité prévue dans ce règlement était abusive et donc nulle, le consommateur cherche à engager la responsabilité du professionnel. Les juges de la Cour d'appel n'y font pas droit, considérant que la clause appartenait au règlement de l'événement, et revêtait donc un caractère accessoire, sans rapport avec l'obligation essentielle prévue au

⁶⁵⁶ Cass, 1^{re} civ. 3 mai 2006, n° 04-16.698, Bull. civ. 2006 I, n° 213, p. 187 : « Vu l'article L. 132-1 du Code de la consommation ; Attendu qu'aux termes de ce texte, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

contrat d'engagement. Conformément au Code de la consommation, l'argument est balayé par la Cour, la protection prévue contre les clauses abusives ne pouvant être paralysée par la nature (principale ou accessoire) du contrat dans lequel la clause litigieuse est insérée.

Enfin, concernant la rupture du contrat, un déséquilibre dû aux clauses abusives est encore possible.

263. Dans la rupture du contrat. – La clause la plus classique en la matière est celle prévoyant que seul le professionnel pourra mettre fin au contrat de façon discrétionnaire créant effectivement un déséquilibre dans les droits et obligations des parties puisque le consommateur est livré à un risque permanent de voir le contrat rompu à tout moment⁶⁵⁷. Une clause soumettant le consommateur à l'obligation de faire appel à un arbitre non couvert par une disposition légale, en cas de rupture du contrat, est aussi considérée comme abusive, l'impartialité de l'arbitre étant considérée comme incertaine.

De la même façon, est abusive celle prévoyant que le professionnel à l'origine de la rupture, pourra retenir les sommes versées pour une prestation de service ou pour un bien non encore réalisé ou livré. Enfin, serait aussi qualifiée d'abusives la clause prévoyant que le consommateur ne peut invoquer le cas de force majeure pour mettre fin au contrat, clause que les sociétés téléphoniques, SFR, SAGEM etc.... ont souvent inséré dans leurs contrats.

Face à la condition de l'absence de réciprocité se dresse celle de la disproportion, facteur pouvant lui aussi révéler le « déséquilibre significatif » du contrat.

β) La condition de disproportion

264. Définition. – La disproportion se manifeste par exemple par un montant d'indemnisation anormalement élevé mis à la charge du consommateur. La clause pénale qui prévoit alors que l'indemnité devant être versée par le consommateur est d'un montant particulièrement excessif (à la libre appréciation du juge) en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles est jugée abusive. Tel est le cas également d'une clause prévoyant la charge de la preuve en faveur du professionnel⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ A. ETIENNEY, « *Droit des obligations* », Université de Bourgogne, licence 2, 2009/2010, p. 3.

⁶⁵⁸ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 01-16.733, Bull. civ. 2005 I, n° 60, p. 51 : « Mais attendu que la cour d'appel retient qu'en stipulant que "de convention expresse, pour limiter les coûts du crédit, la délivrance de cette information sera établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi", la société Facet s'exonérait de la preuve lui incombant du contenu de l'information de l'emprunteur sur les conditions de la reconduction du contrat, et, par ce biais, excluait toute contestation ultérieure ; qu'elle a exactement décidé

265. Illustrations. – Ce type de clauses apparaît aussi dans les rapports entre professionnels, puisque certaines clauses peuvent prévoir que l'un des deux cocontractants (en général le plus puissant économiquement) pourra plus facilement ou dans une plus large mesure, intervenir dans la rédaction du contrat pour le tourner à son avantage. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a soulevé ce critère dans un arrêt du 4 janvier 1994⁶⁵⁹ à l'occasion duquel le juge a reproché aux juges du fond de n'avoir pas regardé si la clause litigieuse « n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat » ; un arrêt dont le sens fut par la suite repris le 16 décembre 1997⁶⁶⁰ par la même chambre. Il semble que la Cour ait par la suite abandonné cette position pour ne sanctionner que les clauses dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

En effet, dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation du 11 décembre 2008⁶⁶¹, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, la Cour décide qu'une clause ne peut être considérée comme abusive que si elle est insérée dans un contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel. Une clause ne peut donc pas être abusive au regard de ce critère dans un contrat conclu entre deux professionnels. Cette logique fut par la suite reprise largement pour être à nouveau atténuée.

La disproportion réside aussi dans les contraintes imposées à chacun des cocontractants. En effet, les clauses régissant ces contraintes mais qui paraissent inadaptées par rapport au but poursuivi par le contrat sont abusives. Ces clauses seront qualifiées d'abusives si elles stipulent que la contrainte imposée au consommateur est infiniment plus élevée que ce que le contrat aurait dû prévoir en raison de son objet⁶⁶².

Le nouveau critère, loin de susciter les mêmes critiques que celles formulées à l'encontre de ceux de 1978, n'est pas le seul à devoir être pris en compte dans le mécanisme de détermination des clauses abusives ; il est « secondé » par une liste spécialement créée dans ce but : celle dite « exhaustive ».

que cette clause, qui inverse, au détriment du consommateur, la charge de la preuve, crée, à l'encontre de ce dernier, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; qu'en aucune de ses branches, le moyen n'est fondé ».

⁶⁵⁹ Cass, com. 4 janvier 1994, n° 92-14.121, Bull. com. 1994 IV, n° 4, p. 4.

⁶⁶⁰ Cass, com. 16 décembre 1997, n° 96-10.859, Bull. com. 1997 IV, n° 338, p. 294.

⁶⁶¹ Cass, 1^{re} civ. 11 décembre 2008, n° 07-18.128, Inédit.

⁶⁶² V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Préface C. SAINT-ALARY HOUIN, Tome I de l'Institut de Droit des Affaires à l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2000, *précité*, p. 318.

B. La création d'une liste exhaustive

266. L'objet de la liste. – La liste exhaustive instituée par la loi du 1^{er} février 1995 et insérée à l'alinéa 3 de l'article L.132-1 du Code de la consommation⁶⁶³ avait surtout pour fonction d'aider le juge dans sa tâche de qualification des clauses abusives, tout comme l'étaient d'ailleurs les recommandations de la Commission des Clauses Abusives. Il gardait vis-à-vis de cette liste un pouvoir souverain entier⁶⁶⁴, puisque les clauses « peuvent » être regardées comme étant abusives.

La liste se distingue ainsi nettement des décrets initialement prévus par la loi de 1978. Cette liste indicative comportait 17 clauses reprises mot pour mot de la liste annexée à l'article 3, paragraphe 3 de la directive communautaire (dont certains auteurs critiquent d'ailleurs la lourdeur de style⁶⁶⁵), et pouvaient être jugées abusives et donc réputées non écrites si la preuve de leur caractère abusif en était rapportée aux vues des éléments indicatifs susnommés.

267. Clauses présumées abusives. – La preuve du caractère abusif peut être rapportée soit par le juge lui-même, soit par le demandeur. La liste se distinguait de celle prévue par le décret du 24 mars 1978, puisque cette dernière ne comprenait que des clauses seulement présumées abusives ; seul le décret précisait quelles étaient celles qui étaient qualifiées d'abusives. Si la clause dont il est saisi n'est pas visée par la liste, le juge use de son pouvoir souverain de rendre la justice. Il s'inspire alors des éléments qui ont été donnés pour trouver la juste mesure entre la situation qui lui est soumise (où se jouent la sécurité juridique des cocontractants et l'unité de la jurisprudence) et la prise en compte d'un type de clause régulièrement soulevé en pareilles situations.

La loi de 1995 venue réformer la matière des clauses abusives n'est pas irréprochable ; si des critiques pouvaient être adressées à l'encontre de la loi de 1978, d'autres peuvent l'être à son sujet et notamment concernant le nouvel article L.132-1, alinéa 2 qui pose quelques interrogations.

⁶⁶³ Ancien article L.132-1, alinéa 3, du Code de la consommation : « Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause ».

⁶⁶⁴ D. BOSCO, *Le contentieux des clauses abusives*, Rapport de recherche, DEA de Droit privé, Faculté de droit, Aix-Marseille : Thémis, 1999, *précité*, p. 8.

⁶⁶⁵ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2000, *précité*, p. 194.

II. La portée de la loi de 1995

Si la loi de 1995 apporte des modifications essentielles à l'article L.132-1 du Code de la consommation quant aux outils de détermination des clauses abusives, elle présente aussi des imperfections (A). Elle demeure une avancée considérable de la détermination judiciaire des clauses abusives (B).

A. Quelques imperfections de la loi

268. La « nébuleuse ». – Les incohérences de la directive sont nombreuses. On en retrouve principalement dans la question de la définition du consommateur dans le domaine des contrats mixtes ; mais aussi dans le fait que ses exigences prévues à l'article 3 n'ont pas été correctement retranscrites dans certaines versions linguistiques. Enfin la directive ne précise pas si les notions de « bonne foi » et de « déséquilibre significatif », nécessaires pour qualifier une clause d'abusives, sont cumulatives ou non ; elle ne définit pas non plus le degré de gravité du « déséquilibre significatif ».

De plus, le juge relève rapidement les imperfections de la directive à l'occasion de litiges. Le 7 mai 2002, par exemple, lors d'un arrêt rendu par la CJCE « Commission contre Suède »⁶⁶⁶, le législateur se prononce enfin sur la nature juridique de l'annexe, ce qu'il n'avait pas fait au préalable.

Mais la confusion est demeurée sur certains points, notamment à propos de l'article 5 de la directive qui vise les clauses « rédigées par écrit » laissant ainsi planer un doute quant au régime du contrat oral⁶⁶⁷. Enfin l'article 7 maintient un certain flou quant aux actions possibles contre les clauses abusives : il ne précise pas si les associations de consommateurs ont systématiquement le droit d'agir, et si une personne seule ou un groupe non associatif peut aussi agir⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ CJCE, 7 mai 2002, aff. C-478/99, *Commission des Communautés Européennes contre Suède*.

⁶⁶⁷ Article 5 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 : « Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible [...] ».

⁶⁶⁸ Article 7 § 2 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 : « Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une

M. EBERS, qui avait souhaité que de telles incohérences mais surtout de telles imprécisions soient levées par la Cour, avait formulé des propositions simples afin de gommer les quelques défauts que présentent la directive⁶⁶⁹. Le juge lèvera certains doutes en interprétant progressivement la directive aux cas par cas. En effet, ne vaut-il pas mieux que cette directive reste abstraite afin d'être plus souple et de protéger le consommateur dans le plus grand nombre de litiges (le risque étant toujours, qu'à l'inverse, elle se retourne contre lui...)?

Si ces interrogations doivent être précisées, il faut aussi, au préalable, évoquer l'avancée non négligeable de cette réforme sur le terrain de l'office du juge qui n'a pas été oublié.

B. Une avancée considérable dans la détermination judiciaire des clauses abusives

Lorsque le juge se trouve confronté à un litige dans lequel le consommateur invoque le caractère abusif de la clause, le juge s'en réfère au critère défini par l'article L.132-1 du Code de la consommation pour faire droit à sa demande ou la rejeter. Qu'en est-il lorsque le consommateur n'a pas exprimé de demande sur ce fondement ? Si le code ne régleme pas spécifiquement cette situation, on comprend qu'il admet le relevé d'office du juge de manière implicite (1). Dès lors, c'est un système dualiste que propose le législateur (2).

1° Relevé d'office implicite

269. La présomption. – Le nouvel article inséré au Code de la consommation confère au juge le pouvoir de relever d'office une clause qu'il jugerait abusive de façon implicite : le deuxième alinéa prévoit qu'« un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse ».

utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses ».

⁶⁶⁹ M. EBERS, « Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13) », analyse comparative in Compendium CE de Droit de la consommation, Bielefeld, 2011, p. 392 et 393.

Même si la loi de 1995 prévoit que des clauses sont présumées abusives par décret (R.132-1), cette détermination réglementaire des clauses abusives n'est que subsidiaire et le juge occupe pour sa part une place plus importante puisqu'il lui est permis de contrôler ces clauses en cas de litiges portés devant lui⁶⁷⁰. L'alinéa 8 prévoit que « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ». L'utilisation du terme « jugées » nous permet en effet de considérer qu'il s'agit bien ici d'une réforme importante du droit des clauses abusives.

Certaines questions semblent laissées en suspens ; une partie de la doctrine considère que la loi ne précise pas si le juge « doit » ou « peut » soulever d'office une clause abusive, la question n'ayant pas encore été posée à la Cour de Justice des Communautés Européennes.

2° Un système dualiste

270. L'office du juge et le système. – Une partie de la doctrine considère que le nouveau système combine à la fois l'ancien mode de détermination des clauses abusives et le nouveau : le juge « doit » à la fois relever d'office une clause si son caractère abusif est prévu par le décret⁶⁷¹, et le « peut » seulement si cette clause n'est pas prévue par le décret. Monsieur RIGAL semble donner un autre début de réponse : il estime « qu'il apparaîtrait difficile de reprocher au juge de ne pas avoir fait valoir un tel caractère abusif et notamment de fonder un pourvoi sur un tel moyen, cela d'autant que le consommateur lui-même n'a pas contesté la validité de la clause »⁶⁷².

Au regard de l'analyse qui vient d'être faite, la légitimité de l'office du juge dans cette matière est controversée : comment concevoir que la place du juge n'existe que par défaut (d'ordre législatif), ou encore à l'inverse, la place du juge n'est-elle pas justement celle d'être une source de loi aussi légitime que cette dernière ? Ce questionnement renvoi à une formule de Lacordaire selon lequel « c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère »⁶⁷³, mais

⁶⁷⁰ G.TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, p.353, *précité*.

⁶⁷¹ J.CALAIS- AULOY, F.STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Précis Dalloz, *précité*, p. 199.

⁶⁷² E. RIGAL, « Le juge et les clauses abusives », Contributions du colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30^e anniversaire », 2009.

⁶⁷³ Formule d'Henri LACORDAIRE, député à l'Assemblée constituante en 1848, mentionnée sous une forme abrégée sur le site de l'Assemblée Nationale, dans un texte commémoratif des Droits de l'Homme.

cette formule est moins vraie lorsque cette liberté est mal accordée... (Ce qui semble être le cas ici).

En conséquence, et à partir d'une lecture controversée de l'article L.132-1 du Code de la consommation, les juges d'instances et de la Cour de cassation répondent ponctuellement à la question du relevé d'office du juge en fonction des litiges qui leur sont soumis. De l'ensemble de ces réponses va se dégager une discordance entre les juridictions, qualifiée de « schisme » juridictionnel, et une insécurité juridique. Si la réglementation des clauses abusives est bien « ficelée » depuis la réforme de 1995, elle va poser un sérieux problème au juge lorsque lui seront soumis des litiges mettant en jeu les dispositions du droit du crédit à la consommation.

SECTION 2

« SCHISME » JURIDICTIONNEL NÉ DE LA CARENCE LÉGISLATIVE

« *Aequitas in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti jurisrationem* »⁶⁷⁴.

Le « schisme » juridictionnel se posera essentiellement à l'occasion de litiges survenus en droit de la consommation : dans le domaine des clauses abusives en particulier, puis progressivement, et concomitamment au sein de celui du crédit à la consommation. A travers un maniement subtil des principes directeurs de la procédure civile au regard du droit de la consommation, les juges vont exercer leur office au sein de litiges relatifs au droit des clauses abusives, mais aussi du crédit à la consommation. Si le premier est considéré comme une règle générale en droit de la consommation, le second est pensé comme la règle spéciale du droit de la consommation. Ce droit est lui aussi régit au sein du Code de la consommation mais répond à des exigences sensiblement différente. Pourtant, il va se rapprocher du droit des clauses abusives à travers la question du relevé d'office du juge.

La controverse jurisprudentielle va porter à la fois sur l'un et sur l'autre même si elle mettra le droit du crédit à la consommation particulièrement en lumière. Elle est consolidée par une opposition des juges du fond dont la jurisprudence peut être définie comme étant *praeter legem* (§1), à ceux de la Cour de cassation dont les décisions rendues révèlent une jurisprudence davantage *secundum legem* (§2).

§ 1. La jurisprudence *praeter legem* des juges du fond

La jurisprudence issue des arrêts rendus par les juges du fond est dite « *praeter legem* » en ce qu'elle fait une application extensive de la réglementation des clauses abusives en faveur des consommateurs. Des juges du fond affichent donc une position que l'on pourrait qualifier « pro-consommateur » (I) et qui se traduit dans les solutions rendues (II).

⁶⁷⁴ Adage latin qui signifie : « Il est bon en toutes choses que l'on préfère la raison de la justice et de l'équité à celle du droit strict ».

I. Des juges du fond « pro-consommateurs »

Des juges du fond se démarquent par une réelle implication « sociale » (A) dans le règlement des litiges du droit de la consommation, dont le « juge de Vienne » (B) en est le symbole.

A. L'implication « sociale »

271. Une faiblesse des consommateurs à protéger. – La particularité de la jurisprudence des juges du fond réside dans le fait que ces derniers s'inscrivent dans une démarche que l'on pourrait qualifier de « sociale », en usant d'un pouvoir du relevé d'office des moyens visant à rétablir un certain équilibre entre les parties au litige. En droit de la consommation, l'office du juge joue un rôle particulier puisqu'il s'exerce sur une scène dans laquelle intervient une partie « faible » ; il doit la protéger, et c'est cela qui justifie parfois qu'il dispose du pouvoir de relever d'office certaines irrégularités ou qu'il prononce d'office certaines mesures.

Les juges du fond, soucieux de donner aux dispositions du Code de la consommation toute son efficacité n'hésitent pas à prendre des initiatives afin de parler à la place du consommateur. Ils participeront au litige en faveur de ce dernier en relevant d'office des moyens tirés du Code de la consommation pour sanctionner les professionnels ou libérer les consommateurs d'un lien contractuel jugé nul⁶⁷⁵. Avant l'entrée en vigueur de la réforme en 1995, les juges du fond assuraient cette protection du consommateur par une application extensive de la loi « Scrivener » en dépassant la contrainte réglementaire que posait la loi, et en se saisissant pleinement de la liberté accordée par la loi de 1995 par la suite.

En définitive ce n'était même pas tant une application extensive du contenu de la loi de 1978 qu'un effort de protection du consommateur. Les juges du fond dépassaient non pas le contenu du texte, mais l'esprit de ce dernier en exacerbant son aspect protecteur du consommateur. C'est en cela que l'on peut dire que les décisions prises par des juges d'instance le sont « *praeter legem* » ; ils n'ont pas eu besoin d'utiliser la liste prévue par la loi

⁶⁷⁵ A titre d'exemples : TI, Angoulême, 7 juin 1998 ; TI, Vienne, 22 septembre 2000, JurisData n° 2000-127074 ; TI, Liévin, 13 juillet 2001, JurisData n° 2001-010107 ; TI, Vienne, 19 octobre 2001 ; TI, Niort, 15 mai 2002, JurisData n°2002-110541 ; TI, Vienne, 14 mars 2003, JurisData n° 2003-212562 ; JCP CCC juillet 2003, n° 7, comm. 118, note G.RAYMOND ; TI, Vienne, 16 mai 2003 ; TI, Saintes, 16 novembre 2005 ; TI, Saintes, 4 janvier 2006, JurisData n° 2006-297312.

pour qualifier une clause d'abusives puisqu'ils sont parvenus à prononcer sa nullité par le biais d'un autre outil : le formalisme.

Cette jurisprudence *praeter legem* traduit un souci de justice sociale que l'on pourrait rapprocher de celle de « Robin des bois », et est considérée comme la première étape de la concrétisation du relevé d'office du juge dont le juge de Vienne se fait l'ambassadeur.

B. Le « juge de Vienne »

272. Pionnier de cette démarche, le « juge de Vienne » tente à tout prix de faire pencher la balance en faveur du consommateur, conduisant à sanctionner les grandes sociétés. Le Tribunal d'instance de Vienne fait figure de proue dans la protection des consommateurs. L'auteur E. CARRÈRE l'avait justement raconté dans un ouvrage retraçant la vie du Tribunal de Vienne et d'un juge en particulier, attaché à condamner les prêteurs décrits comme des professionnels malhonnêtes⁶⁷⁶ et connu pour sa volonté d'anéantir certaines clauses d'un contrat, particulièrement celles relatives aux intérêts et pénalités en cas de retard ou de défaut de paiement de la part du débiteur.

273. E. RIGAL. – Le « juge de Vienne » n'est autre qu'E. RIGAL, qui fut vice-président du tribunal de grande instance de Lyon, décrit comme étant « un juriste déterminé », selon le juge Ph. FLORES, lui-même engagé dans la même cause. Selon la journaliste C. CHARTIER, E. RIGAL s'estime « fondé à relever une injustice dont la victime ne s'est pas plainte. Parce que la loi est là pour tout le monde. Et qu'elle protège les esprits faibles contre ceux qui veulent en profiter. »⁶⁷⁷ Ces juges en faveur des plus démunis considèrent qu'ils appliquent la loi de façon stricte ; leur arme principale la plus originale est celle relative aux formalités. En effet, dès lors que les clauses, même non abusives, ne sont pas rédigées en corps huit, le juge considérerait que la clause était nulle, et le « surendetté » n'était alors qu'« endetté », voir plus du tout. Cette arme était justifiée par le fait que les caractères non conforme au formalisme légal ne respectent pas non plus l'exigence de lisibilité, de clarté et donc de compréhensibilité du contrat⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ E. CARRÈRE, *D'autres vies que la mienne*, POL, 2009, et son adaptation cinématographique de P. LIORET, « Toutes nos envies », *Mars Distribution*, 2010.

⁶⁷⁷ C. CHARTIER, « Etienne Rigal, juge des plus faibles », *L'Express* (19 mars 2009).

⁶⁷⁸ A. ETIENNEY « Droit des obligations », Université de Bourgogne, licence 2, 2009/2010, p. 3.

La jurisprudence des juges du fond représentés par « le juge de Vienne » est « pro-consommateur ».

II. Des solutions « pro-consommateur »

Pour comprendre les solutions dites « pro-consommateur » rendues par des juges du fond il faut en proposer des illustrations (A) et y apporter l'analyse critique qui s'impose (B).

A. Illustration de cette jurisprudence en droit du crédit

274. Le bordereau de rétractation. – Dans un jugement rendu par le tribunal le 8 novembre 2002⁶⁷⁹ le juge devait se prononcer sur une irrégularité dans l'offre de crédit ; le tribunal avait décidé que l'offre préalable de crédit doit comporter un bordereau de rétractation dans lequel la date d'acceptation du contrat doit être précisée. A défaut, le prêteur est sanctionné par le juge qui prononce, en l'espèce, la déchéance du droit aux intérêts. Or, ici, le consommateur n'invoquait pas le droit de rétractation au soutien de sa prétention...

Quelques jours plus tard, dans un jugement rendu par le Tribunal d'instance de Vienne le 29 novembre 2002⁶⁸⁰, le juge décide qu'exiger du consommateur qu'il signale un changement de situation à son prêteur sous peine de voir ce dernier se prévaloir de la déchéance du terme, n'était pas conforme aux droits du consommateur, et devait être sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts. Le juge justifie cette décision par la seule présence d'une clause au sein du contrat dont l'irrégularité dispenserait le consommateur de s'en prévaloir, le juge pouvant le faire à sa place. Le jugement a été utilisé de manière artificielle par les juges du fond car en l'espèce, le juge avait relevé d'office une clause qualifiée d'irrégulière alors qu'elle n'avait pas été contestée par les parties et qu'elle était donc absente des débats (une exigence pourtant posée par les principes dispositifs comme nous l'avons vu et comme cela sera observé à la lumière des arrêts de la Cour).

275. Le renouvellement du contrat. – Le Tribunal de Rochechouart participe à ce mouvement, puisqu'il condamne le prêteur à la déchéance du droit aux intérêts à l'occasion de litiges dans lequel le contrat conclu entre les parties avait été jugé non conforme aux

⁶⁷⁹ TI, Vienne, 8 novembre 2002, Inédit, *Cofidis c/ Epoux Stingue*.

⁶⁸⁰ TI, Vienne, 29 novembre 2002, Inédit, *Fidem c/ Aydogmus Irfan*.

exigences du Code de la consommation. Le 8 novembre 2002⁶⁸¹, le juge de ce tribunal d'instance décide que les conditions de renouvellement du crédit conclu étaient abusives au regard de l'article L.311-9⁶⁸², alors qu'aucune des parties n'avait invoqué de prétentions au regard du renouvellement. Néanmoins, c'est la spécificité de l'article L.311-9 ancien qui a ouvert la voie du contentieux puisqu'il exigeait uniquement du prêteur qu'il détermine les modalités de reconduction du prêt, sans donner plus de précisions.

Le même jour⁶⁸³, ce tribunal interprète une clause insérée dans un contrat-type en faveur du consommateur. Il juge, à la lecture de cette clause, que la résiliation du prêt ne peut être mise en œuvre par le prêteur qu'en cas défaut de paiement de l'emprunteur. Or, en l'espèce, la résiliation était possible en cas de défaut d'information de l'emprunteur sur ses informations personnelles, ce qui avait amené le juge à sanctionner le prêteur. Cependant, la résiliation n'avait pas été demandée par le prêteur sur ce fondement, puisqu'il n'avait fait qu'imposer au consommateur de lui fournir des informations. La décision du juge anticipe, en sanctionnant en amont une disposition qu'elle juge abusive au regard d'un texte qui pourtant, ne définissait pas la « défaillance » de l'emprunteur.

Si elle est louable, la démarche des juges du fond est-elle juridiquement et économiquement irréprochable ? Rien n'est moins sûr...

B. Analyse critique de cette jurisprudence

L'alternative à la place dérisoire accordée au juge par la détermination réglementaire des clauses abusives de 1978 et de sa réforme de 1995 a été trouvée par des juges d'instance ; et elle prit une ampleur telle qu'un colloque fut organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de l'Université de Paris V René Descartes dès le 20 mars 1998 visant à établir s'il existait un principe de proportionnalité en droit privé. Des juges du fond, peut-être plus attentifs aux réalités sociales et économiques et moins attachés aux questions strictement procédurales s'évertuent à s'en détacher pour relever d'office des dispositions du Code de la consommation lorsqu'ils se trouvent saisis d'un litige opposant un consommateur et un professionnel.

⁶⁸¹ TI, Rochechouart, 8 novembre 2002, Inédit, *Covefi c/ Epoux Mirac*.

⁶⁸² C'est l'article 311-16 qui prévoit les modalités de reconduction du crédit aujourd'hui : « [Le contrat de crédit] précise que la durée du contrat est limitée à un an renouvelable et que le prêteur devra indiquer, trois mois avant l'échéance, les conditions de reconduction du contrat ».

⁶⁸³ TI, Rochechouart, 8 novembre 2002, *Cetelem c/ Rippe et Cofidis c/ Lecerf*, Inédits.

La protection judiciaire accordée par cette jurisprudence est remarquée. Elle révèle cependant des imperfections, et notamment celle d'accorder une protection judiciaire « payante » aux consommateurs, tout en présentant la particularité d'être « hors norme ».

276. Une protection judiciaire « payante ». – La position des juges du fond provoque l'effet pervers : de permettre aux consommateurs de ne pas honorer leurs engagements au regard du crédit contracté ; aux professionnels du crédit de ne pas prêter facilement (alors que beaucoup de ménages en dépendent), ou de prêter à des taux qui prennent en compte les impayés : « [...] les consommateurs sont protégés à leurs propres frais et [...] les plus diligents paient pour les autres »⁶⁸⁴. Il peut être reproché aux juges du fond de se rapprocher de l'office d'un juge des tutelles, en prenant part au litige de manière active en faveur du consommateur en raison de sa faiblesse.

Si la jurisprudence est d'une certaine manière « payante » pour les consommateurs, elle est surtout « hors-normes », au regard de la procédure civile.

277. Une protection judiciaire « hors norme ». – Une telle manipulation de la loi de la part des juges du fond comportait des risques, notamment au regard de la procédure civile et du principe dispositif. Nous avons pu nous apercevoir que ce dernier a souvent été mis à mal et qu'il l'est ici à nouveau à travers le relevé d'office des clauses abusives et des irrégularités au sein des contrats de crédit par le juge pour libérer le consommateur de son obligation de paiement des intérêts. Qualifiée d'« hors-normes » parce qu'elle échappe au principe dispositif par un dépassement de l'objet du litige, la jurisprudence des juges du fond est rapidement critiquée, voir même qualifiée de « *contra legem* »⁶⁸⁵.

Cette justice « sociale » n'était pas partagée par tous, et cette effervescence, qui commençait tout juste à se propager ne manqua pas d'être enrayée par la Cour de cassation. Celle-ci, qualifiée de « vieille école », possédait des armes insoupçonnables, issues de la procédure civile pour désamorcer la jurisprudence des juges du fond. Cette dernière va en effet s'attacher à remplir son devoir de trancher le litige en droit de manière « neutre », à l'inverse des juges du fond qui s'inscrivaient réellement dans une démarche engagée. Si elle

⁶⁸⁴ I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire, *D.* 2003, p. 750, *précité*. Les auteurs avaient parlé du « paralogisme » de la jurisprudence des juges du fond.

⁶⁸⁵ S. GAUTIER, «Crédit permanent : martyr des juges du fond», *LPA*, 17 octobre 2005, n° 206, p. 3, *précité*.

penche parfois en faveur du relevé d'office du juge, ses arrêts n'essuient pas les mêmes critiques que celles formulées à l'égard des jugements rendus par les juges du fond.

§ 2. La jurisprudence *secundum legem* de la Cour de cassation

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 1995, la Cour ne connaît plus de difficulté liée à l'unique décret dans l'application de la réglementation des clauses abusives. Pourtant, lorsqu'il ne s'agit pas seulement de déterminer si la clause est abusive mais d'en relever d'office le moyen, la Cour révèle une autre facette de sa jurisprudence : alors qu'elle apprécie évidemment le caractère abusif d'une clause au regard de la réglementation en vigueur (et qui s'avère parfois favorable au consommateur), elle ne souhaite pas voir son office s'étendre plus loin dans une finalité protectrice des consommateurs lorsqu'est en jeu le droit du crédit. Application extensive de la réglementation des clauses abusives n'est pas relevé d'office du moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de crédit.

Alors que les juges du fond, profondément attachés à la défense des droits des consommateurs, s'investissent dans cette démarche en cherchant à défendre leurs intérêts au sein d'un litige, la Cour s'y oppose (I) par le biais d'un moyen doublement critiquable d'un point de vue « consumériste » (II).

I. Une jurisprudence opposée au relevé d'office du juge en droit du crédit

« *Jura vigilantibus non dormientibus prosunt* »⁶⁸⁶.

278. L'action sous prescription. – Les plaideurs doivent agir dans un certain délai pour introduire l'instance. S'ils ne respectent pas ce délai, le droit dont ils disposent pour agir en justice est « prescrit ». La prescription, profondément remaniée par la loi du 17 juin 2008⁶⁸⁷, et prévue aux articles 2219 à 2254 du Code civil, est définie comme la « consolidation d'une situation de fait par l'écoulement d'un certain délai. [La prescription] est extinctive lorsqu'elle fait perdre un droit réel ou un droit personnel du fait de l'inaction prolongée du titulaire du droit »⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Adage latin qui signifie : « Les droits profitent aux éveillés, non aux endormis ».

⁶⁸⁷ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 « portant réforme de la prescription en matière civile ».

⁶⁸⁸ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, précité, p. 722.

Du délai de prescription de droit commun se distingue celui de forclusion. Ce dernier applicable en droit du crédit à la consommation et qui relève de la sanction, fixe le délai de certaines actions à deux ans. Il s'agit de l'action en rescision pour lésion⁶⁸⁹, celui en garantie des vices cachés⁶⁹⁰ et celui relatif au crédit à la consommation. Ce dernier va retenir notre attention.

Le délai de forclusion sera, pour la Cour, une réelle barrière au relevé d'office du juge en droit du crédit. Alors que le relevé d'office du dépassement de ce délai spécifique au droit du crédit s'impose au juge⁶⁹¹, ce même délai va s'opposer au juge du fond lui-même dans l'exercice du relevé d'office du caractère abusif de la clause. Le délai de forclusion est perçu par les juges du fond comme le dernier rempart incontournable pour le relevé d'office du juge en droit de la consommation. On peut même dire que le « schisme » tribunaux d'instance et Cour de cassation découle essentiellement du relevé d'office de ce délai par les juges de la Cour. Ce délai de forclusion (A) est appliqué par la Cour de cassation (B).

A. Le délai de forclusion

Ce délai, dont les Code de la consommation et de la procédure civile nous donnent ensemble la définition (1), présente un intérêt particulier lié à son champ d'application (2).

1° La définition du délai de forclusion

279. Une définition unique pour une réglementation mixte. – Le délai de forclusion est une fin de non-recevoir en vertu de l'article 122 du CPC⁶⁹² ; il présente un intérêt considérable dans la question du relevé d'office du juge. L'article 125 du Code de procédure civile⁶⁹³ régit le dépassement de ce délai. Le délai de forclusion est défini comme

⁶⁸⁹ Article 1676 du Code civil.

⁶⁹⁰ Article 1648 du Code civil.

⁶⁹¹ Cf. page 40 : le juge est obligé, en vertu du Code de procédure civile de relever d'office la fin de non-recevoir qui résulte du dépassement du délai de forclusion. Lorsqu'il se soumet à cette obligation, le principe du contradictoire s'applique.

⁶⁹² Article 122 du Code de procédure civile, *précité* : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

⁶⁹³ Article 125 du Code de procédure civile, *précité* : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

tel : « Sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action, pour défaut d'accomplissement dans le délai légal, conventionnel ou judiciaire, d'une formalité lui incombant, en interdisant à l'intéressé forclos d'accomplir désormais cette formalité, sous réserve des cas où il peut être relevé de forclusion »⁶⁹⁴ ; en d'autres termes, il s'agit de la « perte, par l'expiration d'un délai, de la faculté de faire valoir un droit »⁶⁹⁵, soit la déchéance de la faculté d'agir.

Ce délai de prescription biennal (qui existe aussi en droit des assurances⁶⁹⁶) vient encadrer les litiges du droit de la consommation portant sur les crédits à la consommation. Le délai de forclusion était auparavant prévu à l'article L. 311-37, alinéa 1^{er} du Code de la consommation⁶⁹⁷, et 27 de la loi de 1978⁶⁹⁸. De 1995 à 2001 c'est la loi de 1995⁶⁹⁹ qui réglementait la forclusion ; l'article L.311-37 était rédigé ainsi : « Les actions engagées devant [le tribunal d'instance] doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion [...] ». Ce texte impliquait que toute action en matière de crédit était forclosée au bout de deux années, qu'elle soit exercée par le consommateur ou le professionnel. En effet, le délai qui court pour le créancier du fait du risque pour le débiteur de se voir réclamer une dette qui s'est accumulée sur plusieurs années, court aussi pour le débiteur.

Le champ d'application de ce texte qui nourrit la controverse.

⁶⁹⁴ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 468.

⁶⁹⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 444.

⁶⁹⁶ Article L.114-1, alinéa 1^{er} du Code des assurances : « Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance » ; A titre d'illustration : Cass, 3^e civ. 14 février 2007, n° 05-21.987, Bull. civ. 2007, III, n° 22.

⁶⁹⁷ La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (loi « MURCEF ») est par la suite venue modifier cet article de manière favorable au consommateur ; le délai de forclusion est désormais prévu à l'article L.311-52 du Code de la consommation : « Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion [...] ».

⁶⁹⁸ Article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 « relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit » (abrogé par Loi n°93-949 du 26 juillet 1993) : « Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application de la présente loi. Les actions engagées devant lui doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance, à peine de forclusion [...] ».

⁶⁹⁹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 « relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative ».

2° Le champ d'application du délai de forclusion

280. « *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* »⁷⁰⁰. – Cette règle veut que si une action ne peut plus être intentée passées deux années, la défense, elle, n'est pas prescriptible. En d'autres termes, le délai de forclusion ne doit être opposable qu'au professionnel qui agit en paiement contre le consommateur, ou au consommateur qui agit en nullité contre le professionnel (à raison du caractère abusif d'une clause ou de l'irrégularité de l'offre préalable de crédit).

281. L'exception du délai de forclusion. – L'article 30 du CPC définit l'action engagée par le biais de la demande initiale qui est « [...] celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions »⁷⁰¹. Il existe aussi des demandes incidentes prévues aux articles 63 à 70, et qui « [...] sont les demandes formées alors que l'instance a déjà été introduite par une demande initiale »⁷⁰². Ne sont donc pas visés par le texte les moyens de défense⁷⁰³. Or, l'intérêt de savoir si le moyen en question est une demande ou une défense est qu'il permettra de savoir si ce moyen est soumis à prescription (en vertu de l'article L.311-37 du Code de la consommation) ou non (article 72 du Code de procédure civile⁷⁰⁴).

La Cour de cassation considère que cette règle ne vaut pas pour le délai de forclusion : « Le délai de deux ans [...] étant un délai de forclusion, la règle selon laquelle l'exception survit à l'action ne lui est pas applicable »⁷⁰⁵; le délai de forclusion est donc opposable au prêteur et au consommateur que ce dernier agisse par voie d'action ou

⁷⁰⁰ Adage latin qui signifie : « l'action est temporaire, l'exception est perpétuelle » ou encore « l'exception survit à l'action ».

⁷⁰¹ Article 53 du Code de procédure civile.

⁷⁰² L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, *précité*, p. 349.

⁷⁰³ Article 71 du Code de procédure civile : « Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ».

⁷⁰⁴ Article 72 du Code de procédure civile : « Les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause ».

⁷⁰⁵ Avis du 9 octobre 1992 de la Cour de cassation, n° 0920006 P, *Gaz. Pal.*, 25-27 octobre 1992, (Cass. n°07/92P) Jur. 21 ; Bull. civ. 1992, I, avis n° 41 (en réponse aux questions posées par le Tribunal d'instance de Lille le 1^{er} juillet 1992) : « 1) Le délai de 2 ans prévu à l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, tel qu'il a été interprété par l'article 2-XII de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 et les articles 19-IX et 19-X de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989, étant un délai de forclusion, la règle selon laquelle l'exception survit à l'action ne lui est pas applicable.

2) Le point de départ du délai de forclusion opposable à l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable, par voie d'action ou d'exception, est la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé ».

d'exception. Cela « [...] signifie que l'emprunteur ne peut soulever l'exception d'irrégularité de l'offre passé un délai de deux années à compter du jour où le contrat de crédit a été définitivement formé »⁷⁰⁶. C'est la déchéance du droit aux intérêts qui découle de l'exception d'irrégularité opposé au professionnel comme moyen de défense et qui « transforme » cette exception en demande reconventionnelle, au regard de l'article 64 du CPC⁷⁰⁷ ; cette dernière entre donc dans le champ d'application de l'ancien article L.311-37 du Code de la consommation.

282. La nature de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts. – La doctrine reconnaît que les demandes reconventionnelles ont un caractère « [...] hybride, à la fois demande en justice et défense au fond [...] »⁷⁰⁸. Alors que les fins de non-recevoir sont des moyens de défense, la déchéance du droit aux intérêts revêt le caractère d'une demande reconventionnelle. L'exception d'irrégularité qui en est le vaisseau, est une demande, et non une défense. Elle ne se contente pas de rejeter une demande en paiement, mais elle élargit l'objet du litige par la formulation d'une nouvelle prétention: « Du fait de la demande reconventionnelle, le résultat économique et social attendu par les parties n'est plus tout à fait le même : il est plus étendu »⁷⁰⁹.

L'avis de la Cour s'explique donc par la nature de cette exception d'irrégularité tirée du dépassement du délai qui n'est pas considéré comme un moyen de défense pouvant profiter de l'avantage qu'exprime l'adage, mais comme une demande reconventionnelle devant être formulée dans un certain délai ; cet avis est même salué : « Cette solution se justifie car le consommateur qui présente une demande reconventionnelle n'agit pas en simple défense mais forme une nouvelle action »⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ G. RAYMOND, «Clauses abusives», *JCP C* 3 septembre 2012, Fasc. 820.

⁷⁰⁷ Article 64 du Code de procédure civile : « Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ». Pour illustration : Ass. Plén. 22 avril 2011, n° 09-16.008, Bull. 2011, Ass. plén., n° 4 : « Attendu, en second lieu, que constitue une demande reconventionnelle, en vertu de l'article 64 du code de procédure civile, la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire » ; D. 2011, 1870, obs. X. DELPECH ; *RTD Civ.* 2011, 795, obs. Ph. THERY.

⁷⁰⁸ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 784, *précité*.

⁷⁰⁹ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris : Droit privé - Précis Dalloz, 2012, *précité*, p. 273.

⁷¹⁰ C. ALLIEZ, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation*, [Th. doct. sous la dir. J.-L. RESPAUD : Droit privé et sciences criminelles : Montpellier I : 2008], *précité*, p. 105.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation est amenée à trancher des litiges du droit de la consommation mettant en jeu le délai de forclusion. En suivant l'avis donné en 1992, elle rendra des décisions contraires aux intérêts et à la protection des consommateurs.

B. L'application de la forclusion par la Cour de cassation

Quelques illustrations (2) démontrent que c'est dans la fixation du point de départ du délai de forclusion (1) que la Cour de cassation va se distinguer des juges du fond « consommateurs ».

1° La fixation du point de départ par la Cour

283. La conclusion du contrat. – Dans son souci d'équilibre, la Cour, qui fait courir le délai pour le créancier dès le premier incident de paiement, fixe le point de départ dès la conclusion du contrat pour le débiteur⁷¹¹ (ce point de départ varie cependant en fonction de la nature du crédit⁷¹²).

L'« événement » donnant naissance à l'action (soit la demande reconventionnelle) est le caractère abusif de la clause du contrat de prêt ou l'irrégularité de l'offre préalable de crédit pour les consommateurs et la défaillance du consommateur pour les professionnels ; le délai d'action peut être prescrit pour le consommateur et n'avoir pas encore commencé à courir pour le professionnel si la défaillance du consommateur est intervenue deux années passées la formation du contrat ; si la défaillance du consommateur intervient un an après la conclusion du contrat, le professionnel peut attendre « tranquillement » une année de plus pour demander le paiement du principal et des intérêts sans craindre que les irrégularités ou clauses abusives du contrat ne soient relevées par le consommateur ou le juge d'instance : l'événement à l'origine de cette irrégularité est né dans le contrat signé plus de deux ans auparavant ; cette dernière est « régularisée » par l'effet de la forclusion.

⁷¹¹ Avis du 9 octobre 1992 de la Cour de cassation, n° 0920006 P, *Gaz. Pal.* 25-27 octobre 1992, (Cass. n°07/92P) Jur. 21, *précité*; Cass, 1^{re} civ. 10 avril 1996, n° 94-13.473, Bull. civ. 1996 I, n° 178 p. 124 ; Cass, 1^{re} civ. 9 décembre 1997, n° 96-04.172, Bull. civ. 1997 I, n° 364, p. 246.

⁷¹² Sur ce point, v. S. GAUTIER, «Crédit permanent : martyr des juges du fond», *LPA* 17 octobre 2005, n° 206, p. 3, *précité*.

Par application de l'article 125 du Code de procédure civile⁷¹³, la Cour de cassation soulevait d'office la fin de non-recevoir tirée de l'expiration de ce délai. Ce résumé simpliste peut toutefois être enrichi d'une illustration.

2° Illustration de la solution de la Cour

284. La sévérité de la Cour. – La première chambre civile poursuit ses « vieilles » habitudes, à l'occasion d'un litige opposant une société de crédit et un consommateur qui avait cessé de rembourser son crédit. Alors que les juges du fond avaient, à nouveau, relevé d'office une disposition du Code de la consommation dans le but de rejeter la demande formée par le professionnel, et de prononcer la déchéance de son droit aux intérêts, ce dernier leur avait opposé la fin de non-recevoir en raison du dépassement du délai de forclusion.

A l'inverse, des juges du fond mettent en avant le caractère « [...] d'ordre public des conditions formelles dont dépend la validité de la stipulation contractuelle d'intérêts [...] » ; cette qualité d'ordre public exige d'eux une vérification de « [...] la conformité de l'offre préalable écrite aux conditions légales [...] » qui ne saurait être affectée par le délai biennal de forclusion dont le professionnel se prévalait.

Le 2 octobre 2002⁷¹⁴, la Cour de cassation casse la décision rendue par les juges du fond en accueillant le moyen invoqué par le professionnel : « Vu l'article L. 311-37, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 11 décembre 2001 ; Attendu qu'il résulte de ce texte que le point de départ du délai biennal de forclusion opposable à l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable, par voie d'action ou d'exception, est la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé ». La Cour de cassation juge que le délai de forclusion s'applique et, en le faisant courir depuis la formation du contrat, entraîne la validation de l'irrégularité du contrat de crédit.

La solution de la Cour de cassation n'est pas véritablement critiquable d'un point de vue juridique ; elle l'est assurément d'un point de vue consommériste.

⁷¹³ Article 125, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, *précité* : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

⁷¹⁴ Cass, 1^{re} civ. 2 octobre 2002, n° 00-10.664, Bull. civ. 2002 I, n° 229, p. 176.

II. Une jurisprudence doublement critiquable d'un point de vue « consommériste »

D'un point de vue consommériste, la jurisprudence de la Cour de cassation est doublement critiquable : elle l'est au regard de la construction juridique (A) de ses solutions, mais aussi au regard de la portée de cette solution (B).

A. Une construction juridique critiquable

285. Le moyen de défense est une demande. – Il est d'abord critiquable que, par construction juridique, le moyen de défense tiré de l'irrégularité ou de la clause abusive soit assimilé à une action. Par cette assimilation, la Cour de cassation fait effectivement entrer l'exception soulevée par le consommateur dans le champ d'application du texte qui vise bien « l'action » de manière générale. La confusion entre le moyen de défense et l'action appelle des critiques. Or, les seules raisons qui poussent la Cour à faire cette confusion sont les conséquences induites par le moyen soulevé (d'office par le juge ou par le consommateur) : si le caractère abusif de la clause entraîne sa nullité, l'irrégularité implique la déchéance du droit aux intérêts en vertu de l'ancien article L.311-33 du Code de la consommation. Cette déchéance pousse la Cour à considérer le moyen de défense tiré de l'irrégularité comme une demande reconventionnelle. Or, l'irrégularité n'a pas été invoquée par le consommateur pour remettre en cause le contrat ; elle a été soulevée pour se défendre d'une action qui était engagée à son encontre.

Si l'on se place d'un point de vue consommériste, à l'image de celui des juges du fond, il est évident que dès lors que la solution est contraire aux intérêts du consommateur elle sera critiquable. Pourtant, elle le sera aussi de manière sensiblement plus objective, au regard de la portée pratique de la solution de la Cour de cassation.

B. Une portée pratique critiquable

Si la distinction faite par la Cour entre le point de départ du délai pour le consommateur et celui pour le professionnel est justifiée juridiquement en raison de la nature du moyen invoqué⁷¹⁵, elle est critiquable d'un point de vue pratique : il est rare qu'un débiteur signe un contrat puis en vérifie la légalité dans les deux ans sans qu'aucun incident ne l'y ait poussé⁷¹⁶.

286. La responsabilisation des consommateurs. – Cette solution souligne la responsabilité des consommateurs dans la souscription de prêt ou la signature de contrats de manière générale. Elle leur enjoint d'être attentifs et vigilants quant à la régularité du contrat avant mais aussi dès qu'il est signé ; cette vigilance est préférée à un défaut d'exécution par le consommateur de ses engagements pour s'apercevoir ensuite que le contrat est irrégulier et de s'en servir pour s'en libérer. Relever le moyen en amont, par voie d'action, reviendrait à remettre en cause un prêt dont ils ont besoin, alors qu'en profiter pour ensuite remettre en cause sa nullité à l'occasion de leur défaillance, revient à bénéficier d'un prêt à taux « zéro ». Dans tous les cas ils sont « gagnants » : soit ils profitent d'un prêt régulier mais dont ils ne peuvent de toute façon pas rembourser les mensualités, soit ils profitent d'un prêt irrégulier dont ils n'ont pas besoin de payer les intérêts qu'ils ne peuvent, de toute façon, pas payer.

C'est cette situation que la Cour a voulu enrayer. Et pourtant, le professionnel est tout aussi responsable que le consommateur lorsqu'il propose un contrat irrégulier.

287. Une responsabilisation inadaptée. – La Cour laisse les consommateurs sans ressources car tout moyen pouvant libérer le consommateur du contrat sera une irrégularité de ce dernier ; or, l'action dépend de la formation du contrat faisant partir le délai de celle-ci ; deux ans est un court délai, d'autant plus qu'il sera fréquent que l'action du professionnel (soit, la défaillance du consommateur) sera intentée passée ce délai. Il faut donc « espérer » pour le débiteur qu'il soit confronté à une difficulté dans l'exécution de ses engagements liés au contrat avant l'expiration du délai pour disposer des mêmes armes que le professionnel. Sarcastique, l'auteur E. CARRÈRE avait critiqué cet anéantissement purement procédural de

⁷¹⁵ Le délai court au moment de la formation du contrat pour le consommateur qui remet en cause la validité du contrat ; il court au moment de la défaillance du consommateur pour le professionnel qui agit en défaut de paiement. La distinction est donc, d'un point de vue juridique, valable.

⁷¹⁶ B. LE BAUT-FERRARÈSE, «Le droit communautaire au soutien du consommateur ?, à propos du délai de forclusion de l'article L. 311-37 du Code de la consommation», *LPA* 29 mai 2001, n° 106, p. 16.

la protection des consommateurs contre les clauses abusives : « Il suffit donc [au créancier] d'attendre tranquillement deux ans pour attaquer en étant sûr que, même s'il est bourré de clauses abusives, personne ne pourra plus dire un mot contre son contrat »⁷¹⁷.

La Cour sabote les efforts des juges d'instance qui tentent de protéger les consommateurs en relevant d'office la fin de non-recevoir tirée du dépassement du délai de forclusion, même si cela doit mettre les intérêts du consommateur en péril. Si des juges étaient parvenus à trouver des moyens pour contrer le fléau des clauses abusives, ils ne peuvent pas contourner l'obstacle que présente le délai de forclusion, outil procédural venu paralyser leur « action » en ce sens.

Le juge constate l'impossibilité d'appliquer l'article L.132-1 en raison du dépassement du délai légal. A ce moment, il tranche le litige mais conformément aux règles de la procédure civile et du Code de la consommation. Dans un cas comme dans l'autre, le juge fait une application de la réglementation des clauses abusives conformément à la procédure civile.

⁷¹⁷ E. CARRÈRE, *D'autres vies que la mienne*, POL, 2009, précité, p. 229.

CONCLUSION DE CHAPITRE

288. Les clauses abusives définies par le législateur en même temps que la création du Code de la consommation ne bénéficient pas d'une réglementation exempte de coquilles. Ces coquilles sont pour les juges le moyen d'exprimer la nécessité de leur mise en action au sein des litiges du droit de la consommation de manière générale, mais aussi au sein de ceux du droit des clauses abusives en particulier. Cette nécessité est fondée sur la faiblesse du consommateur face au professionnel ; le débat rebondi sur le droit spécial du crédit à la consommation soumis aux mêmes difficultés. Se saisissant de ce contentieux, les juges du fond s'attachent à relever d'office des moyens de droit tirés du Code de la consommation afin de dénoncer les manquements des professionnels à travers la formation des contrats litigieux, qu'il s'agisse de contrats de consommation dits « classiques », par le biais des clauses abusives, ou des contrats de crédit à la consommation dits « spéciaux », à travers le défaut de formalisme. Mais la jurisprudence des juges du fond qui a trouvé le moyen de trancher les litiges du droit de la consommation en faveur du consommateur n'est pas une solution satisfaisante, notamment face au délai de forclusion qu'oppose la Cour de cassation en matière de crédit à la consommation. Le dépassement de ce délai qui ne permet plus aux consommateurs d'invoquer les manquements du professionnel lorsque celui-ci réclame le paiement du prêt, paralyse l'action des juges du fond. Le relevé d'office en droit de la consommation a donc trouvé sa limite.

La Cour de cassation cherche à répondre à la question de l'office du juge de manière « définitive ». Si le délai de forclusion n'est pas dépassé lorsque le litige est soumis devant le juge d'instance ou si le litige ne relève pas du droit du crédit à la consommation mais du droit des clauses abusives, la question du relevé d'office se pose à nouveau. Alors que la Cour de cassation s'est émancipée des dispositions réglementaires pour apprécier le caractère abusif d'une clause, elle s'attache au respect de la procédure civile lorsqu'il est question d'en faire une appréciation d'office. C'est à travers la notion d'ordre public, au sein de laquelle la Cour va distinguer l'ordre public de « direction » de celui de « protection », qu'elle espère répondre définitivement à la question du relevé d'office du juge. Si elle est obligée de reconnaître au juge ce pouvoir⁷¹⁸ elle peut en limiter la portée par le jeu de cette notion.

⁷¹⁸ Un relevé d'office déduit de la simple lecture du troisième alinéa de l'article 16 du CPC.

CHAPITRE 2

CONTROVERSE REGLÉE PAR UNE APPRÉHENSION RIGOUREUSE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

La controverse portant sur la question de l'office du juge en droit de la consommation nourrie par la particularité de la réglementation des clauses abusives a trouvé un certain équilibre : la détermination judiciaire des clauses abusives à l'aide de critères législatifs et réglementaires, et le délai de forclusion comme rempart au relevé d'office des manquements du professionnel. Pourtant, cet « équilibre » n'est pas suffisant pour la Cour de cassation qui déplace la controverse sur un autre « terrain ».

289. En se positionnant sur celui des sanctions du droit de la consommation, et notamment sur leur destination, la Cour précise la notion d'ordre public dont une instrumentalisation transparait déjà à travers l'arrêt « Bisbal »⁷¹⁹ précédemment évoqué, en distinguant celle dite de « protection » ; elle démontre sa sévérité à l'encontre du consommateur au regard de l'application des dispositions du droit de la consommation. L'émergence de cette notion emportera interdiction de principe du relevé d'office du juge, avec un droit du crédit à la consommation au cœur des débats. Cette interdiction de principe est prise par la jurisprudence dite « Grine », dont la teneur (**Section 1**) mérite d'être exposée. La réception de cette jurisprudence traduit la rigueur de la Cour de cassation (**Section 2**) à laquelle s'opposent juges et auteurs.

⁷¹⁹ Cass, 1^{re} civ. 12 mai 1959, Bull. civ. 1959 I, n° 236, p. 199, *époux Bisbal*, précité. Cf. note 186.

SECTION 1

LA TENEUR DE LA JURISPRUDENCE « GRINE »

La construction de la pensée juridique développée par la Cour à travers l'arrêt « Grine » ne s'est pas faite en un jour. Elle est le résultat d'une évolution progressive de la jurisprudence sur la question du relevé d'office du juge en droit de la consommation. Si c'est bien l'arrêt de principe dit « Grine » du 15 février 2000 (§ 2) qui sera retenu comme étant celui qui posera la solution de principe quant au relevé d'office du juge, il s'accompagne d'un préambule (§ 1).

§ 1. Le préambule de la jurisprudence « Grine »

Les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation composent le « préambule » de la jurisprudence « Grine » (I) : de la jurisprudence de ces dernières émerge la théorie des nullités (II) instrumentalisée ensuite par la Cour de cassation sur la question du relevé d'office.

I. Le préambule composé par les chambres civiles et commerciales

La chambre commerciale a pris une part active à l'évolution de la jurisprudence sur la question de l'office du juge au regard des dispositions d'ordre public dans les litiges en matière nationale ; elle n'est pas isolée. L'arrêt « Grine » s'est clairement inspiré d'une jurisprudence antérieure, par la chambre civile (A) et par la chambre commerciale (B) ; leurs solutions participeront à l'émergence de la notion d'ordre public de « protection ».

A. La chambre civile

Avant que l'arrêt « Grine » ne soit rendu en 2000, la première chambre civile avait déjà livré des ébauches de réponses à travers un arrêt du 21 janvier 1992. La première chambre civile de la Cour a eu à se prononcer sur l'application d'une disposition protectrice pour le consommateur au sein d'un litige portant sur un crédit. Avec cet arrêt, c'est la règle issue de la nullité relative qui va interférer avec le pouvoir du relevé d'office du juge d'un moyen tiré d'une règle d'ordre public. Cet arrêt posera la première pierre à l'édifice élevé à

l'encontre du relevé d'office du juge, en faisant usage de la notion d'ordre public dont il dégagera une sous distinction qui lui permettra, en pratique, de limiter la portée du relevé d'office du juge. Cette primauté de l'arrêt du 21 janvier 1992, doit être nuancée par une première « apparition » dans le paysage jurisprudentiel qui précèdera la préface composée par l'arrêt du 21 janvier 1992.

290. Emergence de la notion. – L'émergence de la théorie des nullités au sein de la chambre civile de la Cour de cassation n'était pas tout à fait absente du paysage jurisprudentiel avant l'arrêt de la première chambre civile du 21 janvier 1992. Le 22 mai 1985⁷²⁰, cette théorie avait déjà fait une première brève apparition à travers les arguments opposés par un professionnel aux juges du fond. Ces derniers avaient rendu une solution favorable au consommateur en prononçant la nullité du contrat litigieux. La société immobilière (soit, le professionnel) avait reproché aux juges du fond d'avoir « [...] relevé d'office le moyen tiré de l'absence de limite de la durée du mandat alors qu'une "nullité de protection n'est invocable que par le seul particulier" ».

A cet argument la Cour de cassation avait opposé que le moyen ainsi relevé était de « pur droit » puisqu'il découlait de l'article 7 de la loi du 2 janvier 1970⁷²¹. Il est intéressant de noter que le moyen de « pur droit » prévalait, à cette époque, sur la théorie des nullités...

291. Arrêt « SEMCODA ». – Dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1992⁷²², il s'agissait d'un prêt accordé par une caisse (le prêteur) à la société SEMCODA (l'emprunteur), qui avait assigné cette caisse en annulation du contrat « pour absence de toute mention du taux effectif global » ainsi que de certaines clauses du contrat relatives aux intérêts, à l'indexation, et aux incidences fiscales de l'emprunt. La Cour d'appel avait rejeté cette action sur le fondement du premier alinéa de l'article 1304 du Code civil qui prévoit que l'action en nullité est de cinq ans⁷²³. L'action de l'emprunteur était donc prescrite. Cette dernière reproche aux juges du fond d'avoir fait une application du Code civil et non pas de la loi du 28 décembre 1966 relative aux prêts d'argent⁷²⁴ et dont les articles 16 et 4 prévoyaient

⁷²⁰ Cass, 1^{re} civ. 22 mai 1985, n° 84-10.572, Bull. civ. 1985 I, n° 159, p.145, *précité*.

⁷²¹ Article 7 de la loi du 2 janvier 1970 réglementant « les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce » : « Sont nulles les promesses et les conventions de toute nature relatives aux opérations visées à l'article 1er qui ne comportent pas une limitation de leurs effets dans le temps ».

⁷²² Cass, 1^{re} civ. 21 janvier 1992, n° 90-18.121, Bull. civ. 1992 I, n° 22, p.14.

⁷²³ Article 1304, alinéa 1^{er} du Code civil : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans ».

⁷²⁴ Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 « relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité », abrogée par ordonnance n° 2005-429 du 6 mai 2005 (article 111, JORF 7 mai 2005).

CHAPITRE 2 – Controverse réglée par une appréhension rigoureuse de la notion d'ordre public
l'obligation de mentionner le taux effectif global d'un prêt d'argent ainsi qu'une amende pénale.

La Cour approuve la décision des juges du fond sur le même fondement : les dispositions issues de la loi de 1966 n'avaient vocation qu'à protéger l'emprunteur et ne pouvaient donc être invoquées que par ce dernier : « Mais attendu que les dispositions d'ordre public de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 ayant été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, leur méconnaissance est sanctionnée par la nullité relative de la clause de stipulation des intérêts conventionnels ; que l'action en nullité s'éteint si elle n'a pas été exercée pendant 5 ans à compter de la signature du contrat de prêt ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'action en nullité avait été exercée plus de 5 ans après la conclusion de ce contrat ; qu'elle a ainsi, sans violer les textes visés au moyen, légalement justifié sa décision ».

Cette loi, qui n'avait pas été soulevée par l'emprunteur, ne pouvait pas être appliquée d'office par le juge ; joue l'article 1304 du Code civil. La différence est que le délai de prescription n'est pas le même : il est de 30 ans dès la signature du prêt lorsqu'est en cause une méconnaissance des dispositions de l'article 4 de la loi de 1966, et de 5 ans en application de l'article 1304 du Code civil. A défaut d'avoir invoqué l'application de la loi de 1966, dont le juge ne peut relever d'office l'application au litige en raison de son caractère d'ordre public, c'est la prescription abrégée qui court, en défaveur de l'emprunteur.

La chambre commerciale de la Cour rendra une solution comparable, environ un an plus tard.

B. La chambre commerciale

Un arrêt rendu par la chambre commerciale en 1995 participe à la vigueur de la théorie des nullités.

292. Faits et procédure. – Par un arrêt du 3 mai 1995⁷²⁵, le juge commercial exprime une position identique à celle du juge de la chambre civile au sujet du relevé d'office du juge en des termes très clairs. En l'espèce, il s'agissait d'un litige portant sur un compte courant dont le professionnel de crédit en demandait la fermeture et le paiement du découvert à l'encontre d'un consommateur qui n'avait pas comparu en instance ni en appel. Les juges du fond

⁷²⁵ Cass, com. 3 mai 1995, n° 93-12.256, Bull. 1995 IV, n° 128, p. 115.

avaient, pour prononcer la nullité de la clause de stipulation des intérêts conventionnels insérée dans le contrat de crédit, relevé d'office le moyen tiré de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966⁷²⁶ en faveur du consommateur.

293. La solution. – Cette décision n'a pas été suivie par la Cour qui considère que ce moyen aurait dû être relevé par le consommateur : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que les dispositions d'ordre public de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 ayant été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, leur méconnaissance est sanctionnée par la nullité relative de la clause de stipulation des intérêts conventionnels, ce dont il résulte, notamment, que l'absence de validité d'une telle clause ne pouvait être opposée au CCF qu'à la demande de M. X..., la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Dans cet arrêt la Cour décide que le juge ne peut exprimer, à la place du consommateur absent des débats, des demandes telles que la nullité d'une clause abusive. Elle motive sa décision au motif que l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 est d'ordre public, mais surtout que les dispositions de cette loi ont « [...] été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur [...] », c'est-à-dire qu'elles n'ont sanctionnées que par une nullité relative. Contrairement à la nullité absolue, dont l'action est ouverte à tous, celle de la nullité relative ne l'est qu'aux personnes pour lesquelles le bénéfice de cette nullité a été réservé car « elle sanctionne une règle destinée à protéger une partie de l'acte ».

294. Le principe posé par le juge. – Le juge n'est pas autorisé à relever d'office la disposition à caractère d'ordre public de protection tirée de la loi de 1966. *A contrario*, la Cour ouvre la possibilité pour le juge de relever d'office un moyen tiré d'une disposition d'ordre public de direction, qui ne serait pas, elle, destinée à protéger les intérêts d'une partie au litige. Dans le même temps, en exigeant du consommateur de relever un moyen tiré d'une disposition destinée à le protéger exclusivement, la Cour ouvre une exception. L'arrêt rendu par la Cour en 1995 va influencer la première chambre civile qui va rapidement se saisir de la solution rendue par la chambre commerciale pour l'appliquer. La chambre commerciale, en l'utilisant pour justifier sa solution, a dégagé la notion d'ordre public de protection dont la chambre civile va elle aussi se saisir par la suite.

⁷²⁶ Article 4 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 : « Le taux effectif global déterminé comme il est dit ci-dessus doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente loi ».

295. Un rapprochement des deux chambres. – La décision de 1992 présente l'intérêt d'avoir été rendue avant que la chambre commerciale ne se positionne le 3 mai 1995 dans un litige similaire : le juge avait eu à se prononcer aussi sur l'applicabilité de la loi du 28 décembre 1966. Les juges des différentes chambres avaient, en 1992 et en 1995 tranché le litige en des termes comparables : « Mais attendu que les dispositions d'ordre public de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 ayant été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, leur méconnaissance est sanctionnée par la nullité relative de la clause de stipulation des intérêts conventionnels ». Les solutions de 1992 et de 1995 vont dresser l'esquisse de l'office du juge au regard de l'ordre public de protection, achevée par la Cour avec l'arrêt « Grine ».

II. La vigueur de la « théorie des nullités »

296. Les solutions annoncent l'arrêt de principe rendu en 2000. En effet, en 1992 mais aussi en 1995, la Cour n'avait fait que déduire de l'intérêt dans lequel la disposition en cause avait été édictée, la nullité relative de la sanction qui lui est attachée. Aucune des deux solutions ne précise que l'office du juge dépend de la nature de la sanction. Elles ne font que déduire de l'intérêt des dispositions le caractère relatif de la nullité, tout en précisant leur caractère d'ordre public.

297. La nullité. – On comprend que la Cour a entendu répondre à la question de l'office du juge au regard de la nature relative⁷²⁷ ou absolue⁷²⁸ de la sanction. La nullité relative résulte de l'intérêt privé à l'attention duquel elle est édictée. « Les régimes respectifs des nullités absolue et relative sont différentes »⁷²⁹, ce faisant, les deux chambres distinguent les dispositions édictées dans l'intérêt de l'emprunteur, et celles ne l'étant pas, pour déterminer s'il appartient à ce dernier de les mettre en jeu comme moyen de défense dans un procès.

⁷²⁷ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 690 : « Nullité d'intérêt privé que seule peut invoquer la partie protégée (et seulement en principe pendant cinq ans) » ; S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 633 : « La nullité est dite relative lorsqu'elle sanctionne une règle destinée à protéger une partie à l'acte ».

⁷²⁸ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 690, *précité* : « Nullité qui, sanctionnant la violation d'une règle d'intérêt général ou l'absence d'un élément essentiel à un acte, peut être demandée par tout intéressé pendant trente ans » ; S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, p. 633, *précité* : « La nullité est absolue lorsque les conditions imposées par la loi sont essentielles et tendent à protéger l'intérêt général, ou l'ordre public, ou les bonnes mœurs ».

⁷²⁹ S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, p. 633, *précité*.

C'est cette distinction qui fait apparaître la « théorie des nullités » dans le paysage jurisprudentiel des chambres civiles et commerciales.

298. La sanction. – On s'aperçoit à travers ces arrêts qu'ils sont tous deux rendus dans le domaine du droit du crédit à la consommation, et qu'ils opposent tous deux la difficulté liée au caractère relatif de la sanction attachée à la nullité de la clause⁷³⁰. Le relevé d'office du juge n'a pas la même portée selon qu'il s'exerce au sein d'un contrat de consommation dit « classique »⁷³¹ ou au sein d'un contrat de crédit. Par les sanctions qui leurs sont attachées, la question du relevé d'office du juge opère donc une dichotomie au sein du droit de la consommation entre les clauses abusives et le droit du crédit. Si la nullité du contrat litigieux entraîne la déchéance, le relevé d'office du juge se heurte au caractère relatif de la disposition relevée d'office.

En prenant forme, la « théorie des nullités » sera pour la Cour de cassation un moyen supplémentaire à celui tiré du dépassement du délai de forclusion pour éluder des litiges devenus « encombrants ». Partant du « préambule » des années 90, la Cour va consacrer plus largement et plus précisément la théorie des nullités dans la jurisprudence.

§ 2. L'arrêt de principe dit « Grine » du 15 février 2000

En 2000, avec l'arrêt de principe dit « Grine » (du nom du consommateur partie au litige), la première chambre civile reprendra les termes de sa solution de 1992 pour tenter de répondre réellement et définitivement à la question de la portée de l'office du juge au regard des dispositions d'ordre public. Elle se saisira pour cela de la « théorie des nullités » pour tenter d'évacuer une partie du contentieux des clauses abusives. La sous-distinction de la notion d'ordre public de protection sera instrumentalisée par la Cour au regard de la question du relevé d'office du juge. Une lecture de la solution « Grine » (I) suffit pour comprendre la position de la Cour qui mérite cependant une analyse (II) au regard de la théorie émergente.

⁷³⁰ Dans les arrêts il s'agissait de la clause de stipulation des intérêts conventionnels.

⁷³¹ Contrat de vente, de location, etc. et qui n'implique pas le prêt de somme d'argent assorti d'intérêts.

I. Lecture de la solution « Grine » fondée sur la théorie des nullités

Pour comprendre et mesurer l'enjeu que présente l'arrêt « Grine », il convient d'exposer (A) avant d'analyser (B) la solution.

A. Exposé de la solution

299. « Cofica c/ Monsieur Grine ». – Le 15 février 2000⁷³², la Cour de cassation intervient dans un litige opposant un prêteur (la société « Cofica ») à un emprunteur (Monsieur Grine), que ce n'était pas au juge de soulever le caractère abusif d'une clause si la partie ne s'en était pas prévalu. En l'espèce, il s'agissait à nouveau d'un litige né à l'occasion de la souscription d'un crédit par Monsieur Grine. En effet, la société Cofica avait prêté un véhicule en location avec option d'achat à ce dernier. Celui-ci avait cependant cessé de s'acquitter de ses mensualités suite au vol de ce véhicule, et la société créancière avait donc assigné Monsieur Grine en paiement.

La cour d'appel a débouté la société créancière de sa demande car elle a relevé d'office un non-respect du formalisme nécessaire en matière de crédit à la consommation remettant en cause le contrat conclu entre les parties. Mais Monsieur Grine, défendeur, n'avait pas comparu⁷³³ au tribunal et la question de savoir si les juges du fond étaient en droit de relever d'office une nullité d'intérêt privé, est balayée par la Cour de cassation ; elle fixe un principe jurisprudentiel largement contesté par des juges d'instance et par les juges communautaires. La Cour conclut de la manière suivante : « Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ».

Cette solution rendue par la Cour de cassation est « révolutionnaire » au sein de la jurisprudence en droit de la consommation et son analyse s'impose.

⁷³² Cass, 1^{re} civ. 15 février 2000, n° 98-12.713, Bull. civ. 2000 I, n° 49, p. 34, *SA Cofica c/ Grine*.

⁷³³ Un défaut de comparution qui avait aussi été souligné dans l'arrêt de la chambre commerciale : Com., 3 mai 1995, n° 93-12.256, Bull. 1995 IV, n° 128, p. 115, *précité*.

B. Analyse de la solution

La Cour est bien plus précise dans la mise en jeu de la théorie des nullités que ne l'avaient été les deux chambres du « préambule ». Ces dernières n'avaient pas prononcé les solutions de sorte que la règle issue de cette théorie puisse être étendue à toutes les dispositions protectrices du consommateur : chacune des deux décisions visait précisément l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966. De plus, elles ne formulaient pas expressément la solution dans le sens d'un rejet du relevé d'office du juge.

La solution « Grine » précise chacun de ces points : elle est plus précise lorsqu'elle fait le rapport entre le caractère d'ordre public et l'intérêt personnel (« [...] les textes susvisés, même d'ordre public [...] »), elle parle précisément du relevé d'office par la négative (« [...] ne peut être opposée qu'à la demande de [...] »), et se veut plus générale lorsqu'elle ne parle pas spécifiquement de « l'emprunteur » (« [...] la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger [...] »). La solution est transposable à l'ensemble des litiges du droit de la consommation.

300. La définition de la « nullité relative ». – La Cour n'évoque pas la notion de « nullité relative » pour justifier sa solution comme elle l'avait fait en 1992 ; elle va plus loin puisqu'elle prend soin d'en donner justement la définition. Cette définition fera office de solution de principe. La rédaction de cet arrêt implique qu'il est fait là une exception au principe voulant que les moyens d'ordre public soient relevés d'office par le juge. Ce sont les termes « même d'ordre public » qui permettent d'affirmer cela. En effet, la Cour ouvre la possibilité voire l'obligation pour le juge de relever d'office les moyens d'ordre public, sauf si ces derniers ont vocation à protéger une personne en particulier.

En réalité, la Cour formule cette précision de manière inutile : il y a en effet, au sein du Code de la consommation, des dispositions relevant de l'ordre public et d'autres ne l'étant pas. C'est l'article L.313-17 du Code de la consommation⁷³⁴ qui le prévoit. Les articles L.311-2, L.311-8 et L.311-10 du Code de la consommation, cités au visa de la solution, sont, en vertu de ce texte, d'ordre public. La Cour entend appuyer sa décision en rejetant par avance les arguments selon lesquels le caractère d'ordre public des dispositions implique qu'elles puissent être relevées d'office. Par l'adjectif « même », la Cour souhaite les exclure aussi du relevé d'office.

⁷³⁴ Article L.313-17 du Code de la consommation : « Les dispositions des chapitres Ier et II et des sections 2 à 8 du chapitre III du présent titre sont d'ordre public ».

C'est une crainte que l'on comprend au regard de certaines dispositions pour lesquelles il est exigé qu'elles soient relevées d'office en raison de leur caractère d'ordre public. Pourtant rien n'est prévu en ce sens à l'égard de celles visées par l'article L.313-17 ; leur caractère d'ordre public n'est que le moyen pour le législateur de s'assurer que les parties ne peuvent en disposer et y renoncer. Cette précision renvoie à la sous-distinction visée par la Cour dans sa solution pour rejeter le relevé d'office : l'ordre public de protection.

Partant de la théorie des nullités précédemment dégagée, la solution est rédigée sous la forme d'un modèle type prêt à être à nouveau employé par la Cour lorsqu'elle sera confrontée à un litige dans lequel les juges du fond auront relevé d'office des dispositions édictées en faveur du consommateur.

II. La portée de la solution « Grine » fondée sur la théorie des nullités

La Cour fonde sa solution sur la théorie des nullités et se contente de décider que les moyens ayant pour but de protéger la personne ne peuvent être appréciés par le juge que s'ils sont invoqués par la personne intéressée. Ce faisant, la Cour laisse penser que certains moyens, qui n'auraient pas pour but de protéger la personne intéressée, pourraient être relevés d'office par le juge : la sous-distinction de l'ordre public est née (A). La portée de cette sous-distinction permettra à la Cour de définir le pouvoir du relevé d'office (B).

A. La sous-distinction de l'ordre public

La notion oppose les moyens d'ordre public de « direction » (1) aux moyens d'ordre public de « protection » (2). Cette distinction qui n'apparaît pas clairement dans le Code de procédure civile, s'installe ainsi en doctrine et en jurisprudence.

301. La notion d'« ordre public économique ». – Lancée par Ripert en 1934, cette notion se dégage de celle dite d'« ordre économique ». Soutenue par la jurisprudence communautaire qui, à la suite de l'émergence de la notion d'ordre public économique a élaboré une dichotomie au sein de cette dernière dans les années soixante-dix, la doctrine fait apparaître les notions d'ordre public de « direction » et de « protection ».

1° L'ordre public de « direction »

302. Cette notion est définie comme étant le caractère d'une disposition « [...] dont la méconnaissance serait source de nullité absolue parce que la norme en cause correspond aux exigences fondamentales de l'économie »⁷³⁵. En effet, le principe de base étant la liberté contractuelle, les conventions n'étaient annulées que pour des raisons économiques. Aujourd'hui, cette notion a subi des mutations puisqu'elle n'est plus exactement assimilée à la liberté individuelle. Au contraire, cet ordre public économique, sanctionné par une nullité absolue, est la justification que s'est trouvé le juge pour restreindre la liberté contractuelle. Il use ainsi de plus en plus du pouvoir dont il dispose pour « manipuler » les contrats soumis à son jugement dans le sens économique qu'il souhaite leur faire prendre. Le juge régule le marché pour faire en sorte que les intérêts privés et donc les contrats passés en accord avec les intérêts privés, servent aussi l'intérêt public, ou, du moins, ne le desservent pas.

La directive du 22 décembre 1986⁷³⁶ affirmait elle-même clairement sa volonté de voir l'encadrement d'une activité au sein du marché. L.CHATEL, rapporteur de la loi du 28 janvier 2005⁷³⁷ sur la confiance et la protection du consommateur avait expliqué que cet ordre public de protection était légitime en ce que « le consommateur dispose d'un poids économique important puisque les ménages contribuent à hauteur de 54% au produit intérieur brut de notre pays [...] ». Le juge a donc tout intérêt à s'immiscer dans les relations contractuelles des consommateurs, élément d'importance de notre système économique.

303. Immixtion du juge en droit monétaire et financier. – Le 2 octobre 2007⁷³⁸, la Cour décide que : « [...] sur le second moyen, qui est de pur droit : Vu les articles L. 112-1 et L. 112-2 du code monétaire et financier ; Qu'en statuant ainsi, alors que cette clause dans un contrat de droit interne prévoyant le paiement du loyer en monnaie étrangère qui équivalait à une indexation sans rapport avec l'objet du contrat et dont la référence n'avait aucune relation avec l'une ou l'autre partie, la cour d'appel qui devait relever, au besoin d'office, qu'elle contrevenait aux dispositions d'ordre public relatives à l'indexation des prix et devait être réputée non écrite, a violé les textes susvisés ». La troisième chambre civile reproche aux juges du fond de n'avoir pas relevé d'office le moyen tiré des dispositions du Code monétaire et financier qui sont d'ordre public, et dont la méconnaissance devait être sanctionnée par une

⁷³⁵ S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., Dalloz, 2011, *précité*, p.567.

⁷³⁶ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 « relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation ».

⁷³⁷ Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ».

⁷³⁸ Cass, 3^e civ. 2 octobre 2007, n° 06-14.725, Inédit.

CHAPITRE 2 – Controverse réglée par une appréhension rigoureuse de la notion d'ordre public

nullité absolue. La nature des dispositions en cause implique que les parties ne peuvent pas la méconnaître lorsqu'elles forment un contrat qui y est soumis. La nullité de la clause litigieuse aurait donc dû être prononcée d'office par ces derniers.

Cependant, l'application de l'ordre public de direction en droit de la consommation sera rarement rencontrée, car le caractère illicite d'un contrat conclu dans cette matière portera essentiellement atteinte aux intérêts privés du consommateur qui l'aura contracté, et non pas à l'intérêt collectif⁷³⁹. Face à l'ordre public de direction, ayant vocation à s'appliquer à des domaines généraux et impératifs existe donc celui, opposé, de l'ordre public de protection, plus personnel et qui intéressera particulièrement le droit de la consommation.

2° L'ordre public de « protection »

304. Définition. – L'ordre public « [...] tend à la défense d'intérêts particuliers estimés primordiaux et dont la violation n'entraînerait qu'une nullité relative [...] »⁷⁴⁰ ; il est qualifié de « protection ». Cet ordre public de protection est la qualité donnée à une disposition qui vise à protéger une personne. En droit de la consommation, c'est la qualité de partie « faible » qui permet de distinguer l'ordre public de direction de l'ordre public de protection. En effet, il est admis que le Code de la consommation présente la particularité d'être à la fois un corpus de règles d'ordre public de direction mais aussi de protection. Acteurs du marché, les consommateurs se placent donc sur deux terrains, et doivent à la fois être protégés dans l'intérêt de tous, et à la fois dans leur intérêt particulier.

Cependant, il aurait peut-être fallu ne prendre en compte le droit de la consommation que sous son aspect protecteur en raison des motifs de sa création qui étaient bien plus et avant tout axés dans un souci de préservation des intérêts des particuliers-consommateurs, trop souvent victimes des manœuvres commerciales et des contrats douteux. Pourtant, le droit de la consommation n'est pas « qu'un » droit protecteur...

305. Ordre public et indisponibilité des droits. – Si la question de l'office du juge en matière nationale est étudiée à la lumière de celle qui se pose en matière internationale, on s'aperçoit que la notion d'ordre public est liée à celle de la libre disponibilité des droits. En effet, on pourrait considérer que les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition dégagés en matière internationale renvoient aux dispositions d'ordre public de direction en

⁷³⁹ F. CANUT, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D.* 2007, p. 2257.

⁷⁴⁰ S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., Dalloz, 2011, p. 567, *précité*.

matière nationale. Tandis qu'à l'inverse, le choix de se prévaloir de la règle de conflit, dans le premier cas, est laissé aux parties lorsque ces dernières ont la libre disposition de leurs droits ; cela renvoie à la notion d'ordre public de protection en matière nationale qui interdit au juge de s'interposer au nom de la liberté contractuelle⁷⁴¹. La deuxième chambre civile semble faire une référence aux droits dont les parties n'ont pas la libre disposition pour justifier le relevé d'office d'un moyen d'ordre public.

306. Illustration d'ordre public de direction. – Dans un arrêt rendu par cette seconde chambre le 20 janvier 2000⁷⁴², la Cour avait imposé au juge de faire une application d'office d'une disposition d'ordre public à laquelle les parties ne pouvaient renoncer, à l'occasion non pas d'un litige du droit de la consommation, mais relevant d'un accident de la circulation et qui répond à des exigences bien particulières : « Vu les articles 1 et 4 de la loi du 5 juillet 1985, ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de faire application, pour trancher le litige, des dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985, même si une telle application avait été écartée par les demandeurs, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Elle accompagne sa solution d'un visa composé pour partie de l'article 12 du CPC pour justifier la contrainte du juge de relever d'office le moyen tiré, ici, des dispositions de la loi du 5 juillet 1985. Puisque le juge doit trancher le litige en droit, il est tenu de le faire au regard du droit applicable, qui n'est autre, en l'espèce, que la loi du 5 juillet 1985. Elle impose d'autant plus cette obligation du relevé d'office qu'elle ne permet pas au juge de s'en dispenser si les parties ont demandé que soit écartée l'application de cette loi pour le règlement du litige.

La Cour de cassation définit l'ordre public de direction comme découlant d'exigences légales n'ayant pas pour vocation la protection d'intérêts privés. Il ne s'agit pas pour les personnes protégées par la disposition en question de se défendre dans un litige né à l'occasion d'un contrat, ou d'un événement voulu par elles. La disposition a bien été édictée dans un but protecteur mais seulement dans l'intérêt de victimes ayant subi un dommage. C'est en ce sens qu'il faut comprendre de quelle manière la Cour décide que les dispositions en question sont d'ordre public (de direction) car les personnes protégées par elles ont perdu la libre disposition de leurs droits, le litige n'étant pas né de leur volonté. Au lieu d'empêcher le juge de pouvoir soulever d'office la disposition d'ordre public, il est obligé de le faire pour les dispositions d'ordre public (de direction). L'obligation du relevé d'office du juge ne vise

⁷⁴¹ Pour une comparaison identique dans le développement consacré aux litiges en matières internationale, cf. note 203 s.

⁷⁴² Cass, 2^e civ. 20 janvier 2000, n° 98-13.871, Inédit.

CHAPITRE 2 – Controverse réglée par une appréhension rigoureuse de la notion d'ordre public
que les moyens de droit auxquels les parties ne peuvent renoncer, soit, les dispositions d'ordre public de direction.

On pourrait donc en conclure, afin de comprendre la position de la Cour de cassation, que les dispositions d'ordre public de protection, telles que celles issues du Code de la consommation sont à la libre disposition des parties ; ce sont elles seules qui ont fait le choix d'entrer dans le rapport contractuel. La distinction opérée par la Cour en 1995 en matière internationale entre les droits disponibles et ceux indisponibles avait permis à cette dernière de déterminer dans quelles circonstances il était possible d'imposer au juge de relever d'office le moyen de droit. Cette distinction apparaît aussi en matière nationale, lorsque le juge estime qu'en principe les dispositions d'ordre public entraînent une obligation pour le juge de les relever d'office mais que par exception (créant la sous distinction de l'ordre public de protection), elles doivent être invoquées par les parties. La seule différence réside dans le fait qu'il existe deux voies en matière internationale : celle de l'obligation et celle de la faculté du relevé d'office du juge, alors qu'en matière nationale il existe celles de l'obligation et de l'interdiction.

307. Lecture de la solution. – L'arrêt doit se lire ainsi : même si la disposition est d'ordre public (imposant au juge une obligation de la relever d'office) dès lors qu'elle a pour objet de protéger les intérêts d'une personne, ce sera à cette dernière de s'en prévaloir pour la défense de ses intérêts. A l'inverse, la disposition d'ordre public de direction qui ne poursuivrait pas une finalité protectrice doit être relevée d'office. Au sein de l'ordre public deux intérêts sont en jeu : celui de direction intéresse le juge tandis que celui de protection intéresse le consommateur.

B. La portée de la sous-distinction sur le relevé d'office

308. La destination des sanctions. – La destination des sanctions du droit de la consommation, visant à protéger l'intérêt public ou les intérêts privés, va leur donner un caractère relatif ou absolu. La notion d'ordre public de « protection » va diviser les différents degrés de juridiction entre eux ; si leur appréhension du problème lié aux clauses abusives sera différente, elle le sera sous la domination d'un principe d'interdiction du relevé d'office du juge. L'intérêt de cette sous-distinction pour la première chambre civile de la Cour de cassation est justement qu'elle a un impact sur le pouvoir du relevé d'office du juge ; elle permet de savoir dans quelle mesure le juge sera obligé de relever d'office un moyen de droit.

Si les dispositions relevées d'office sont qualifiées d'ordre public de direction, alors leur méconnaissance sera sanctionnée par la nullité absolue, et le juge pourra les relever d'office. Mais s'il s'agit d'une disposition d'ordre public de protection elle ne pourra, à l'inverse, être invoquée que par la partie qu'elle a pour but de protéger, puisque sa méconnaissance ne sera sanctionnée que par une nullité relative ; dans ce cas-là alors, la question se pose de savoir si le juge peut ou non la relever d'office : la jurisprudence penche pour le « non », car la nullité d'un acte entraînant la déchéance du droit aux intérêts est relative.

309. La déchéance, une sanction « relative ». – Parce qu'elle profite aux intérêts du consommateur⁷⁴³, et/ou qu'elle sanctionne précisément le professionnel⁷⁴⁴, la nullité de l'acte entraînant la déchéance est une sanction relative qui ne renvoie qu'à des intérêts privés : l'intérêt privé du consommateur qui sera libéré du paiement des intérêts, ou l'intérêt privé du professionnel qui entend obtenir le paiement des intérêts. La jurisprudence « Grine » estime que la nullité qui s'accompagne d'une déchéance ne peut être prononcée d'office. Puisqu'elle est une peine « privée », elle ne peut être prononcée que si elle résulte d'une demande, sinon elle est contraire au procès équitable.

Les conséquences de cette instrumentalisation de la notion d'ordre public, sont graves pour les professionnels : s'ils se voient condamnés par le juge qui aurait relevé à leur encontre un non-respect des règles, ces derniers peuvent être déchus de leurs droits aux intérêts. Cette sanction n'est pas négligeable lorsque l'on sait que ce sont les intérêts qui motivent et qui sont la cause principale des prêts accordés.

Si c'est la nature de la sanction qui régleme le relevé d'office du juge, c'est l'objectif poursuivi par la sanction qui détermine sa nature : soit, l'intérêt à agir (1). Sans cette action de la part du consommateur, le relevé d'office du juge de la déchéance se heurte à la prétention des parties (2).

⁷⁴³ La nullité de la clause entraîne l'anéantissement des obligations qui en découlent et donc la libération du consommateur du paiement de ces dernières (impôts, droits, taxes, intérêts...).

⁷⁴⁴ La méconnaissance de l'article 4 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 mise en cause dans les arrêts de 1992 de la chambre civile et de 1995 de la chambre commerciale était sanctionnée par une amende pénale à l'encontre du professionnel. C'était l'article 16 de la même loi qui le prévoyait : « Toute infraction aux dispositions des articles 4 et 10 et de l'alinéa 2 de l'article 11 ainsi qu'à celles du premier alinéa de l'article 12 sera punie d'une amende de 2.000 F à 40.000 F ».

1° Du point de vue de l'intérêt à agir

310. Pour la Cour, le juge ne peut pas soulever une clause abusive ou illicite si la partie (« faible ») ne l'a pas fait. Dans son ouvrage, E. CARRÈRE avait expliqué cette dimension de l'ordre public, affirmant que « pour réparer un tort, il faut que celui qui l'a subi s'en plaigne [...] »⁷⁴⁵.

La nullité est assimilée à la déchéance car elle est réglementée en fonction de la personne qu'elle intéresse : la nullité du contrat n'intéresse que le consommateur, tout comme la sanction de la déchéance. La nullité est relative lorsqu'elle n'intéresse que le consommateur ; à défaut, elle est absolue. Cet intérêt implique donc que la nullité relative ne puisse être demandée que par le consommateur qui y a un intérêt. Cet intérêt est défini par l'article 31 du Code de procédure civile⁷⁴⁶, comme devant être « légitime au succès ou au rejet d'une prétention ». Seul le consommateur a un intérêt à demander la nullité d'un contrat ou d'une clause qu'il juge abusive dans un litige qui l'oppose à un professionnel. Personne d'autre que lui n'a qualité pour agir dans son intérêt⁷⁴⁷ (sauf à disposer d'un mandat⁷⁴⁸). La règle posée par le Code de procédure civile est simple : « Nul ne plaide par procureur ».

311. « **Nul ne plaide par procureur** ». – Cet adage, pris dans un sens large, peut aider à comprendre l'ordre public de protection et la solution « Grine » rendue par la Cour. Le titulaire du droit d'agir doit justifier d'un intérêt personnel et direct : le consommateur a bien un intérêt pour agir contre le professionnel et pour demander la nullité de la clause. Cependant, en vertu de l'adage « nul ne plaide par procureur⁷⁴⁹ », il sera le seul à pouvoir agir dans cet intérêt. En d'autres termes, nul ne peut agir à sa place. Ce que l'on comprend à travers la jurisprudence donnant naissance à la théorie des nullités, c'est qu'elle entend

⁷⁴⁵ E. CARRÈRE, *D'autres vies que la mienne*, POL, 2009, précité.

⁷⁴⁶ Article 31 du Code de procédure civile : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

⁷⁴⁷ Cass, 2^e civ. 29 novembre 2001, n° 00-10549, Bull. civ. 2001 II, n° 175, p. 120 : « Vu le principe selon lequel nul ne plaide par procureur ».

⁷⁴⁸ Cass 1^{re} civ. 14 avril 2010, n° 08-70.229, Bull. civ. 2010 I, n° 92 (*a contrario*) : « [...] que la cour d'appel en a justement déduit que ces mandats généraux ne satisfont pas aux principes régissant l'action en justice [...] de sorte que la cour d'appel a décidé, à bon droit, que, faute de justifier d'un mandat spécial de chacun de ses mandants, la société Gustav F. Hübener GmbH était irrecevable à agir en France contre la société Tnt express en application de l'article 31 du code de procédure civile ».

⁷⁴⁹ Le terme de « Procureur » est entendu au sens large et non à celui qui désigne spécifiquement le Procureur de la République ; la violation de cette règle est sanctionnée par une exception de nullité : Soc. 3 novembre 1960, Bull. civ. IV, n° 969, p. 743. Sur cette règle, v. R. PERROT, « Représentation en justice : de la règle "nul ne plaide par procureur" », *RTD Civ.* 1992, p. 181.

Représentation en justice : de la règle « nul ne plaide par procureur »

appliquer la règle édictée par cet adage au pouvoir judiciaire. En d'autres termes, le consommateur ne peut pas plaider par le biais du juge (il ne peut le faire que par le biais de l'avocat à qui il donne mandat) : c'est à lui de plaider pour défendre ses prétentions. Si celles-ci étaient d'intérêt public, le juge pourrait participer au plaidoyer, sinon, il ne peut/doit pas apporter son concours.

312. Cette position de la Cour est prise dans le respect de la liberté contractuelle qui exige du juge qu'il n'intervienne pas dans les rapports d'obligation entre le consommateur et le professionnel, tout en s'attachant dans le même temps à l'adage « pas de nullité sans grief »⁷⁵⁰. C'est donc bien là une limite posée à l'office du juge, et qui ne concerne que les dispositions protégeant les consommateurs puisqu'elles sont les seules à présenter la caractéristique d'avoir été édictées dans le but de préserver leurs intérêts lors des litiges survenus à l'occasion de rapports contractuels.

2° Du point de vue de la prétention des parties

Dès lors que c'est le seul consommateur qui a un intérêt « privé » à la déchéance du droit aux intérêts, il doit la demander au juge.

313. « [...] on n'a pas plus de droit que celui qu'on réclame »⁷⁵¹. – La question de la déchéance du droit aux intérêts se pose largement en droit interne⁷⁵². Le professionnel demande expressément le paiement des intérêts ; à l'inverse, le consommateur est souvent silencieux et ne demande pas toujours à en être libéré. Si les prétentions du consommateur s'en tiennent à rejeter la demande du professionnel en remboursement du crédit, il ne demande pas la déchéance des droits aux intérêts qui peuvent donc lui être réclamés. Il est admis que le juge ne peut pas relever d'office la nullité de la clause qui emporte avec elle la sanction de la déchéance, sans méconnaître le principe dispositif⁷⁵³.

⁷⁵⁰ Que l'on retrouve au sein de l'article 802 du Code de procédure pénale : « En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ».

⁷⁵¹ E. CARRÈRE, *D'autres vies que la mienne*, POL, 2009, *précité*.

⁷⁵² S. PIEDELIÈVRE, « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », *JCP N* 9 juin 1995, n° 23, p. 889, *précité*.

⁷⁵³ Sur ce principe, Cf. note 107 s.

314. Déchéance *versus* prétentions des parties. – Au regard de l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile, l'interprétation qui en est donnée est à nouveau trompeuse car cet alinéa ne viserait que la faculté pour le juge de modifier le fondement juridique des parties, et non pas de relever un moyen de défense qui méconnaîtrait les prétentions des parties. Le principe dispositif et notamment l'article 4 du CPC⁷⁵⁴ ne permettrait pas au juge d'interférer dans la demande des parties pour en modifier le fond, seule la forme peut faire l'objet d'un tel changement, soit le moyen de droit à l'appui des prétentions. L'article 12 du code ne permet au juge que d'user de ses connaissances juridiques pour permettre à l'une des parties d'accéder à une demande qui n'a pas été formulée.

Cela implique que si le consommateur soumet au juge un litige né à l'occasion de la souscription d'un crédit à la consommation, le juge ne pourra pas demander, à sa place, une déchéance du droit aux intérêts sans violer le principe dispositif : « [...] sauf disposition contraire, l'ordre public, quel qu'en soit le fondement, ne justifie pas qu'il soit dérogé au principe dispositif »⁷⁵⁵. D'ailleurs, il est tout à fait possible pour le juge de relever d'office un moyen de droit tiré de la nullité d'un acte, sans toutefois méconnaître les prétentions des parties qui n'auraient pas réclamé la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, en se servant de cette nullité pour rejeter simplement une demande. Si la sanction de la nullité d'une clause est « relevable », celle de la déchéance ne l'est pas. Or, en droit du crédit, toute deux sont extrêmement liées.

⁷⁵⁴ Article 4, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, *précité* : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ».

⁷⁵⁵ I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.* 2003, p. 750, *précité*.

SECTION 2

LA RIGUEUR DE LA JURISPRUDENCE « GRINE »

315. La solution « Grine » est dite « de principe » : elle permet aux juges de la Cour de cassation de pouvoir affirmer clairement leur refus du relevé d'office du juge des dispositions d'ordre public de protection. La portée jurisprudentielle de cette solution démontre qu'elle est strictement appliquée par les juges (§1) ; la doctrine ne lui réservera pas un accueil chaleureux, livrant une juste critique à cette solution « Grine » (§2).

§ 1. Une solution strictement appliquée par les juges

Largement suivie par les Cour d'appel⁷⁵⁶, on retrouve la solution « Grine » au sein des autres chambres de la Cour de cassation. Les chambres civiles (I) et la chambre sociale de la Cour (II), qui ne connaissent pas des mêmes litiges, sont sensibles à la distinction reconnue par la solution « Grine » et doivent être évoquées pour comprendre la décision prise en 2000 par la première des chambres civiles.

I. Les chambres civiles de la Cour de cassation

On retrouve la solution dégagée par l'arrêt en 2000 au sein des chambres civiles de la Cour, au point que l'on peut parler de la solution « Grine » de la deuxième chambre civile (A) et de la troisième chambre civile de la Cour (B).

A. La solution « Grine » de la deuxième chambre civile

Dans un arrêt du 4 décembre 2003⁷⁵⁷, le juge de l'exécution relève d'office un moyen tiré de l'irrégularité d'une offre préalable pour rejeter la créance du prêteur lors de la vérification de sa créance. Fidèle à la solution « Grine », qu'elle adapte à la procédure de surendettement, elle décide : « Attendu que la méconnaissance des exigences des textes

⁷⁵⁶ CA, Bourges 20 mars 2002 JurisData n° 2002-172374 ; CA, Bourges, 21 janvier 2003, JurisData n°2002-199223 ; CA, Toulouse, 5 novembre 2002, JurisData n° 2002-199230 ; CA, Paris 8^e ch., 5 décembre 2002 JurisData n° 2002-198887 ; CA, Rennes, 15 mars 2002, JurisData n° 2002-172965 ; CA, Grenoble 30 avril 2002, JurisData n° 2002-175066.

⁷⁵⁷ Cass, 2^e civ. 4 décembre 2003, n° 02-04.162, Bull. civ. 2003 II, n° 367, p. 302.

susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ».

On mesure l'ampleur de cette jurisprudence qui s'oppose aux décisions du juge de l'exécution.

B. La solution « Grine » de la troisième chambre civile de la Cour

316. Une chambre attachée au moyen de pur droit. – La troisième chambre civile de la Cour a toujours montré son attachement à la nature du moyen à relever d'office : si ce dernier était de « pur droit », elle imposait au juge de le relever d'office (avec pour principale condition de respecter le principe du contradictoire⁷⁵⁸) ; s'il ne l'était pas (c'est-à-dire s'il était par exemple mélangé en fait et en droit), le juge n'aurait que la faculté de le faire. En effet, la Cour ne reconnaît aucune obligation aux juges de relever d'office un moyen n'étant pas de pur droit et ce, alors que le pourvoi formé à l'encontre de la décision des juges du fond mettait en avant le caractère d'ordre public du moyen en défense qui aurait dû, selon la partie ayant formé le pourvoi, être relevé d'office par le juge⁷⁵⁹.

Les solutions rendues par la troisième chambre civile de la Cour peuvent être rapprochées de celle « Grine » à travers la notion de la nullité relative (1) ; elles présentent aussi un intérêt au regard de celle de la renonciation (2).

⁷⁵⁸ Cass, 3^e civ. 30 octobre 2002, n° 01-01.219, Bull. civ. 2002 III, n° 211, p. 181, *précité* : « Sur le moyen de pur droit, relevé d'office, après avis donné aux parties : Vu l'article 1131 du Code civil ; Attendu que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet » ; Cass, 3^e civ. 7 mai 2003, n° 01-01.583, Bull. civ. 2003 III, n° 102, p. 93 : « Sur le moyen de pur droit, pris de la violation de l'article 4 de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, relevé d'office, après avis donné aux parties [...] » ; Cass, 3^e civ. 15 février 2006, n° 04-19.095, Bull. civ. 2006 III, n° 40, p. 32 : « Sur le moyen unique, relevé d'office, après avis donné aux parties [...] ; que par ce motif de pur droit substitué à celui critiqué, l'arrêt se trouve légalement justifié ».

⁷⁵⁹ Cass, 3^e civ. 13 octobre 2004, n° 03-14.266, Bull. civ. 2004 III, n° 168, p. 155 : « Mais attendu qu'il ne résulte ni de l'arrêt, ni des conclusions de M. X..., que celui-ci ait soulevé, devant la cour d'appel, le défaut de la notification de l'assignation au représentant de l'Etat dans le département ; que la cour d'appel n'ayant pas l'obligation de relever d'office ce moyen qui n'était pas de pur droit comme impliquant l'appréciation de circonstances de fait, le même moyen présenté pour la première fois devant la Cour de Cassation n'est pas recevable ».

1° De la nullité relative

À l'image de la jurisprudence de la première chambre civile, la troisième chambre civile avait déjà décidé, le 20 décembre 1982⁷⁶⁰, que la nullité relative ne peut être invoquée que par la partie que la loi entend protéger. En l'espèce, les consorts X. avaient donné congé de trois baux commerciaux avec offre de renouvellement à leur société locataire (Tele Rapid). Les juges du fond ont décidé que les formalités du mode de notification du congé n'avaient pas été respectées au regard des dispositions impératives de l'alinéa 5 de l'article 5 du décret du 30 septembre 1953, et que l'acte par lequel les consorts X. avaient donné congé à la société locataire était nul.

La Cour casse la solution des juges du fond qui ont relevé d'office une nullité relative : « Qu'en statuant ainsi, alors que la nullité sanctionnant l'inobservation du mode de notification du congé est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par la partie que la loi entend protéger et que la société Tele Rapid ne contestait pas la validité des congés qui lui avaient été délivrés ». La Cour fait ici une référence au caractère d'ordre public de protection de la disposition relevée d'office.

2° De la renonciation

Si la Cour affirme désormais que le juge ne peut pas relever d'office une disposition d'ordre public de protection, elle avait déjà reconnu que les parties ne pouvaient pas, à l'inverse, y renoncer⁷⁶¹.

317. Les conditions de la renonciation. – Dans un arrêt rendu le 18 février 2004⁷⁶², la troisième chambre civile précise les conditions dans lesquelles il est possible pour l'une des parties de renoncer au bénéfice de dispositions d'ordre public destinées à la protéger. En l'espèce, la cour d'appel avait décidé que l'une des parties (la société d'assurance), par sa

⁷⁶⁰ Cass, 3^e civ. 20 décembre 1982, n° 81-13.495, Bull. civ. 1982 III, n° 257.

⁷⁶¹ Cass, 1^{re} civ. 3 mars 1993, n° 91-10.87, Bull. civ. 1993 I, n° 95, p. 64 : « Attendu, cependant, d'une part, que la nullité résultant de l'inobservation de la règle d'ordre public édictée par l'article 5 de la loi du 10 janvier 1978 ne peut être couverte par la renonciation, même expresse, des parties » ; Cass, 1^{re} civ. 27 juin 1995, n° 92-19.856, Bull. civ. 1995 I, n° 288, p. 200 : « Vu les articles 9 et 36 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 (articles L. 312-12 et L. 313-16 du Code de la consommation) ; Attendu que [...] ces dispositions sont d'ordre public ; [...] Attendu qu'en se prononçant ainsi alors que la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article 9 de la loi du 13 juillet 1979, laquelle est applicable aux acquisitions de parts de sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, n'est pas possible, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁷⁶² Cass, 3^e civ. 18 février 2004, n° 02-17.523, Bull. civ. 2004 III, n° 32, p. 30.

simple présence à une opération d'expertise, ne signifiait pas pour autant qu'elle avait renoncé à son droit de se prévaloir des dispositions d'ordre public protectrices à son égard issues du Code des assurances⁷⁶³. Cette décision est confirmée par la Cour qui décide que : « Mais attendu qu'ayant relevé qu'il ne résultait pas de la présence, sans réserves, de la société Préservatrice foncière aux opérations d'expertise, que celle-ci avait renoncé sans équivoque à soulever l'irrecevabilité de la demande de son assurée qui l'a assignée devant le juge du fond, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, la renonciation ne pouvant résulter que d'une manifestation claire et explicite ». Si la troisième chambre civile de la Cour de cassation, à l'image de la première, impose aux parties d'invoquer un moyen tiré de dispositions destinées à les protéger en interdisant aux juges de le faire à leur place, elle reste sévère en ce qui concerne la renonciation à ces dispositions.

La troisième chambre civile ne va pas s'élever contre la position de principe adoptée par la première, mais elle ne justifiera pas ses décisions de la même manière. Toujours fidèle à la notion de moyen de « pur droit », elle estime que la méconnaissance des dispositions de protection doit être sanctionnée par une nullité relative, tandis que celle des dispositions d'ordre public (par principe, de direction), doit l'être par une nullité absolue qui commande aux juges de la relever d'office.

II. La solution « Grine » de la chambre sociale de la Cour de cassation

318. Du CDD au CDI. – C'est à travers l'opération de la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée que la question du relevé d'office du juge se pose en droit social. L'analyse est intéressante car elle met en cause des parties dans lesquelles il est possible de percevoir un déséquilibre comparable. De plus, le droit social est un droit mis en place dans le but de protéger les intérêts des salariés, tout comme le droit de la consommation l'est dans l'intérêt des consommateurs. Enfin, certains litiges du droit social peuvent être rapprochés de ceux du droit de la consommation : ce sont ceux relatifs à la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

La chambre sociale de la Cour avait déjà répondu à la question du relevé d'office à l'occasion de tels litiges, bien avant l'arrêt « Grine », à travers la solution « Berger des

⁷⁶³ Les dispositions en cause étant les articles L. 242-1 et L. 243-1 qui interdisent à l'assuré de saisir directement une juridiction aux fins de désignation d'un expert.

Causses » du nom de l'arrêt rendu (A). C'est une position que la chambre sociale maintiendra après que le juge a tranché le litige le 15 février 2000. La solution « Grine » ne fera que confirmer la position du juge « social » (B).

A. La solution « Berger des Causses » du droit social

319. La théorie des nullités de 1955. – La chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà montré son attachement à la notion d'ordre public, dans un ancien arrêt : « Berger des Causses », en date du 18 mars 1955. Elle avait décidé que le caractère d'ordre public de la loi du 10 mars 1948 empêchait son relevé d'office par le juge. Si l'on s'en tient à la jurisprudence issue des chambres civiles de la Cour, il faut comprendre cet ordre public comme étant de protection.

Cette chambre opère une distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction pour permettre ou empêcher le juge de relever d'office un moyen de droit tiré des dispositions du code du travail ou de conventions collectives. Cette distinction se fera régulièrement à l'occasion de litiges relevant de la qualification ou de la requalification de contrats de travail. Elle va, de cette manière, décider que les dispositions protectrices du Code du travail doivent être invoquées par le salarié qui doit manifester son intention de s'en prévaloir.

320. Un Code du travail protecteur des salariés. – Elle exprime cette position à travers une solution rendue le 26 février 2002⁷⁶⁴ à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution d'un contrat à durée déterminée : « Mais attendu, d'une part, que les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail, relatives au contrat à durée déterminée, ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation, le juge ne pouvant d'office requalifier les contrats en contrat à durée indéterminée, et qu'il ne résulte ni de la décision attaquée ni des pièces de la procédure que l'intéressé ait sollicité la requalification de ses contrats en contrat à durée indéterminée devant les juges du fond ». Sans se servir de la notion d'ordre public de manière explicite, la Cour en fait un usage dans le sens de celui dit de « protection », pour justifier son refus de voir le juge s'en saisir d'office en l'espèce.

⁷⁶⁴ Cass, soc. 26 février 2002, n° 99-46.259, Inédit.

B. La solution « Grine » en droit social

En droit social, la notion d'ordre public apparaît à travers l'opération de requalification du contrat de travail (1) qui rapproche cette chambre à celle civile ; elle va toutefois dégager une exception au regard de la requalification du contrat de travail (2), une exception sous-entendue par l'arrêt « Grine » à travers le principe du contradictoire.

1° L'ordre public et la requalification du contrat de travail

321. Code du travail et CPC. – La Cour justifie parfois la solution « Grine » au visa de l'article 12 du Code de procédure civile. Le 30 octobre 2002⁷⁶⁵, elle décide que même si l'article 12 du code permet au juge de « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », il ne peut pas relever d'office le moyen tiré de l'application de l'article L. 122-3-13 (ancien) du Code du travail⁷⁶⁶ pour requalifier un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Elle explique, sans employer ce terme, que le caractère d'ordre public de protection de ces dispositions ne permet pas de faire jouer l'article 12 du CPC en ce sens : « Vu l'article 12 du nouveau Code de procédure civile et l'article L. 122-3-13 du Code du travail ; Attendu, cependant, que si en vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile la qualification d'un contrat de travail dont la nature juridique est indécise relève de l'office du juge, celui-ci ne peut toutefois, en application de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, requalifier d'office un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail, relatives au contrat de travail à durée déterminée, ayant été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation ». Une exception est donc apportée par la Cour à l'article 12 du CPC, auquel fait obstacle le caractère d'ordre public de protection de la disposition en cause ; cette dernière doit être laissée au choix du salarié d'en profiter ou non.

En l'espèce, la Cour exige que le moyen tiré d'une disposition du Code du travail destinée à protéger le salarié soit invoqué par celui-ci pour recevoir application au litige. Or, la Cour relève que les juges ont procédé d'office à la requalification du contrat « [...] en

⁷⁶⁵ Cass, soc. 30 octobre 2002, n° 00-45.572, Bull. civ. 2002 V, n° 332, p. 321, *Gay c/ Sté Cotra et autres* ; *Revue Procédures*, février 2003, n° 2, comm. 38, note R. PERROT ; *Dr. Soc.*, 2003, p. 465, note C. ROY-LOUSTAUNAU.

⁷⁶⁶ Devenu l'article L.1245-1 du Code du travail (LOI n°2008-67 du 21 janvier 2008 - art. 3).

l'absence de demande du salarié [...] », d'autant que la requalification en contrat à durée indéterminée n'est pas forcément plus avantageuse.

On peut donc imaginer que la chambre sociale de la Cour aurait confirmé la solution des juges du fond : si ces derniers avaient requalifié le contrat au visa de dispositions n'ayant pas un caractère d'ordre public de protection ; également si les juges du fond avaient relevé d'office ce moyen dès lors que le salarié avait sollicité la requalification.

2° Le principe du contradictoire et la requalification du contrat de travail

322. Relevé d'office sous condition. – Cette exception s'observe à la lumière d'un arrêt rendu le 11 mai 2005⁷⁶⁷ par lequel la chambre sociale a décidé que si le salarié avait demandé la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, le juge était autorisé à relever d'office un moyen permettant de faire droit à cette demande. Cependant, une telle possibilité ne lui est offerte que dans le respect du principe du contradictoire. La Cour accueille implicitement le relevé d'office du juge au visa de l'article 16 du Code de procédure civile que : « [...] lorsqu'une juridiction décide de relever d'office un moyen, elle est tenue en toute circonstance de respecter le principe de la contradiction en invitant les parties à s'expliquer sur celui-ci [...] ».

La Cour ne précise pas si le moyen en question était d'ordre public de protection ; il n'est pas dit qu'elle accepte des juges qu'ils relèvent d'office de tels moyens dès lors qu'elle se contente d'édicter une règle de procédure civile de manière générale, tirée du principe de la contradiction. Puisque ce principe n'avait pas été observé par les parties, la chambre sociale ne prend pas la peine de se prononcer sur la question du relevé d'office des moyens d'ordre public de protection, ni sur celle de savoir si ce moyen permettant la requalification du contrat aurait pu être accueilli dès lors que le salarié l'avait demandé.

Le principe est comparable : celui de la relativité des mesures de protection. Dès lors qu'un consommateur, ou qu'un salarié bénéficie de textes édictés en son sens, c'est à lui de les actionner.

⁷⁶⁷ Cass, soc., 11 mai 2005, n° 03-40.916, Bull. civ. 2005 V, n° 157, p. 135.

323. Mise en perspective. – Au terme de cette analyse générale, il ressort de l'office du juge qu'il est, dans une certaine mesure, cantonné à celui des parties. Qu'il s'agisse de la déchéance du droit aux intérêts ou de la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, l'intérêt privé qu'il représente empêche le juge de les relever d'office. Le juge ne peut reprendre la main que lorsque l'ordre public (de direction) est menacé, alors que ce dernier n'est pas essentiellement un ministère public⁷⁶⁸, mais bien un « outil » mis en place au sein de la justice pour trancher les litiges en droit. Aucun droit, qu'il soit d'ordre public de protection ou de direction, ne devrait échapper à son jugement. Cette notion, dont la dichotomie nous permet de mieux comprendre la manière dont le juge s'insinue dans la relation contractuelle et comment il parvient à le justifier, semble néanmoins critiquée par la doctrine.

§ 2. Une solution critiquée par la doctrine

La doctrine est prudente (pour ne pas dire contrariée) à la réception de l'arrêt de principe du 15 février 2000. Elle interprète l'arrêt de telle sorte que la solution adoptée apparait en contradiction avec le droit civil (I) mais aussi avec le droit de la consommation dont elle en réduit l'essence (II).

I. Une contradiction avec le droit civil

La fragilité de la solution « Grine » résulte de son analyse au regard du Code de procédure civile (A), mais aussi du Code civil (2).

A. La fragilité de la solution au regard du Code de procédure civile

La critique est portée à l'encontre des articles 12 (1) et 472 (2) du Code de procédure civile.

⁷⁶⁸ Article 422 du CPC : « Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi » ; article 423 du CPC : « En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

1° L'article 12 du Code de procédure civile

Reprenant les propos du professeur GOUT, S. MORACCHINI-ZEINDENBERG rappelle que « [...] cette conception résultait d'une transposition des raisonnements civilistes à la matière processualiste : une nullité relative ne pouvant être invoquée que par la personne qu'elle protège, ne pouvait donc être relevée d'office par le juge »⁷⁶⁹. Ce dernier considère qu'en soumettant le relevé d'office du juge à la nature relative ou absolue de la nullité, la Cour de cassation s'était prononcée sur la question du relevé d'office à l'aide du droit de la procédure civile. Cette affirmation, qui ne sera pas contredite, rend l'analyse de la solution « Grine » au regard de la procédure civile logique.

L'analyse de l'article 12 du Code de procédure civile est récurrente dès lors qu'il est question du relevé d'office du juge. Il permet de porter un regard critique sur la solution rendue par la Cour qui se dégage notamment d'un célèbre adage revisité pour l'occasion : « Là où l'article 12 ne distingue pas, il ne faut pas distinguer ».

324. La théorie des nullités à l'épreuve de l'article 12. – Socle de l'office du juge, il faut à nouveau s'en référer à l'article 12, alinéa 1^{er} du CPC pour critiquer la solution « Grine » retenue pour les litiges nationaux du droit des clauses abusives. La procédure civile avait été confrontée à la solution « Dauvin » pour critiquer la solution tenant à rejeter toute obligation du juge dans sa mission de requalification du fondement juridique alors que le premier alinéa de l'article 12 impose au juge de trancher le litige en droit⁷⁷⁰; il en avait été de même à l'égard de celle dite « Bisbal »⁷⁷¹ quant au relevé d'office la loi étrangère⁷⁷².

Le premier alinéa de l'article 12 du CPC avait été le moyen de défendre une obligation du relevé d'office. Cet article remet donc en cause la solution « Grine » qui procède de l'interdiction : la mission du juge de trancher le litige conformément aux règles de droit devrait-elle tomber face à la théorie des nullités ?

325. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*⁷⁷³. – L'article 12 du code ne fait aucune distinction entre l'ordre public de protection et de direction : ce texte impose au

⁷⁶⁹ S. MORACCHINI-ZEINDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC* juillet 2013, n° 7, étude 9.

⁷⁷⁰ Le premier alinéa de l'article 12 a été évoqué pour contrarier la solution retenue par la jurisprudence « Dauvin » qui refusait de voir une obligation pour le juge de modifier le fondement juridique de la demande proposée par les parties (Cf. note 176).

⁷⁷¹ Cass, 1^{re} civ. 12 mai 1959, Bull. civ. 1959 I, n° 236, p. 199, *époux Bisbal*, précité.

⁷⁷² Cf. note 190.

⁷⁷³ Adage latin qui signifie : « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer ».

juge de trancher le litige conformément à toutes les règles de droit qui lui sont applicables, et ce, de manière générale. Les règles de droit ne sont pas organisées par le Code de procédure civile selon qu'elles présentent un caractère d'ordre public de protection ou de direction (une distinction qui n'existe pas non plus au sein de l'article 16, alinéa 3 du même code). La solution « Grine » crée cette différence par le biais de l'objectif poursuivi par les dispositions du Code de la consommation, plus précisément par la sanction de la nullité que leur méconnaissance entraîne.

A travers la solution « Grine », le juge ne tranche plus le litige conformément aux règles de droit : ou il tranche le litige conformément aux règles de droit d'ordre public de direction, ou il le fait conformément aux règles de droit d'ordre public de protection si la personne intéressée s'en est prévalu.

2° L'article 472 du Code de procédure civile

326. « Les absents ont toujours tort »⁷⁷⁴. – Ce brocard n'a pas sa place au sein de notre procédure civile⁷⁷⁵. L'article 472 s'en assure.

Si la Cour avait parfois tranché le litige en l'absence de comparution du consommateur⁷⁷⁶, et décidé que les juges du fond ne pouvaient pas relever d'office une disposition destinée à le protéger, il faut y opposer l'article 472 du Code de procédure civile⁷⁷⁷. Ce dernier précise, au premier alinéa que : « si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond ». On pourrait donc supposer que la Cour a cessé de casser les arrêts rendus par les juges du fond dans l'intérêt du consommateur sur le fondement de son second alinéa selon lequel : « Le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ». Cet article est particulièrement important dans les litiges du droit de la consommation, car il adapte la justice aux parties. Au sein du contentieux de cette matière, il s'agit précisément de litiges mettant en jeu les intérêts de

⁷⁷⁴ Cet adage signifie que la partie non comparante sera sanctionnée par un jugement rendu en son absence et fondé sur celle-ci.

⁷⁷⁵ L'adage rappelle un arrêt rendu par la Cour dans lequel les arguments opposés par le professionnel soulignaient justement l'absence du consommateur pour présenter ses arguments : Cass, 1^{re} civ. 22 mai 1985, n° 84-10.572, Bull. civ. 1985 I, n° 159, p.145, *précité*.

⁷⁷⁶ Dans les solutions précitées rendues par la chambre commerciale en 1995, puis par la première chambre civile le 15 février 2000 et le 10 juillet 2002, par exemple, le consommateur n'avait pas comparu.

⁷⁷⁷ Article 472 du Code de procédure civile : « Si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond.

Le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ».

consommateurs non avisés. Il est donc fréquent que ces derniers ne prennent pas la peine de comparaître devant le juge, persuadés de ne pas obtenir gain de cause à l'issue du procès, surtout s'ils n'ont pas pu se faire conseiller par un avocat. Dans ces conditions, l'office du juge apparaît en pleine lumière.

327. L'office du juge et le défaut de comparution. – Si ce dernier doit statuer sur le fond, en vertu du premier alinéa, il doit trancher le litige en droit, et *a priori*, il est tenu de le faire même en l'absence du défendeur; or, pour cela, il doit vérifier si la demande est régulière et bien fondée, comme nous le précise le second alinéa du même article. Le juge sera amené à « parler » à la place du défendeur ; il fait donc usage de son pouvoir de relevé d'office. Il ne doit pas déduire de la non-comparution d'une des parties une défaillance dans les prétentions de cette dernière⁷⁷⁸ (même si l'absence de comparution est aussi perçue par le juge comme une indifférence dans la défense de ses intérêts). Le juge doit agir comme si le défendeur était présent : il vérifie les arguments et les pièces avancées, et statue sur la recevabilité de sa demande. Il ne peut ni y faire droit⁷⁷⁹ ni la rejeter⁷⁸⁰ s'il n'a pas vérifié la régularité et le bien-fondé de cette dernière : « Le juge pallie alors partiellement l'absence du demandeur [...]. On comprend ainsi aisément que, malgré le défaut de l'une des parties, le juge doive se livrer à une véritable instruction du procès et à un examen minutieux des prétentions de la partie comparante ; il peut notamment ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction »⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ Cass, 2^e civ. 24 mai 1982, n° 81-13.898, Bull. civ. 1982 II, n° 80 : « Attendu que tout jugement doit être motivé à peine de nullité » ; Cass, 2^e civ. 10 octobre 1990, n° 89-17.214, Bull. civ. 1990 II, n° 190, p. 97 : « Vu l'article 472 du nouveau Code de procédure civile, ensemble l'article 1417 de ce code ; Attendu que, si le défendeur ne comparait pas, il est néanmoins statué sur le fond et le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ; [...] Attendu que, pour accueillir la demande, le jugement énonce que M. X..., défendeur, n'ayant pas comparu ni personne pour lui, son attitude et son silence en la cause laissent présumer qu'il n'a aucun argument sérieux à opposer aux prétentions de la demanderesse ; que cette dernière fournit aux débats toutes les pièces explicatives nécessaires à l'appui de ses prétentions ; que sa demande apparaît régulière, recevable et bien fondée ; Qu'en se déterminant ainsi, sans analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve produits, sur lesquels il fondait sa décision, le Tribunal n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ».

⁷⁷⁹ Cass, 2^e civ. 17 décembre 1979, n° 78-13.925, Bull. civ. 1979 II, n° 295 : « Vu l'article 472 du Nouveau code de procédure civile ; Attendu qu'aux termes de ce texte, si le défendeur ne comparait pas, le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière et bien fondée ».

⁷⁸⁰ Cass, com. 17 juin 1986, n° 84-16.887, Bull. civ. 1986 IV, n°124, p.105 : « Attendu que tout jugement doit être motivé, à peine de nullité ; Attendu que, pour condamner la société Charbois à payer à la société Rémivex une certaine somme d'argent que celle-ci réclamait à titre de solde de relevé, le tribunal de commerce, statuant en dernier ressort, se borne à énoncer que " la demande est régulière, recevable et bien fondée et que la créance est commerciale, liquide et exigible " en sorte qu'il y a lieu, " au vu des articles 472 et 473 du nouveau Code de procédure civile, de faire droit à la demande " ; Attendu qu'en se déterminant par ces seuls motifs, dont la généralité ne permet pas à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle sur la nature et l'exigibilité de la créance litigieuse, le tribunal a méconnu les exigences des textes susvisés ».

⁷⁸¹ M.-E. BOURSIER et E. BOTREL, « Jugement par défaut ou réputé contradictoire », *Rép. Pr. Civ.* mars 2014.

La Cour ne peut pas rejeter un moyen de droit d'ordre public relevé d'office par le juge d'instance en raison de l'absence du défendeur au débat ; pour la doctrine, « de toute manière, le défaut de comparution ne saurait justifier cette solution »⁷⁸². Rien ne nous permet d'affirmer que la solution « Grine » ait été influencée par la non-comparution du consommateur puisqu'elle ne peut pas être le motif des arrêts de la Cour. On peut seulement espérer qu'elle n'a pas cherché à « sanctionner » un consommateur jugé peu enthousiaste dans la défense de ses intérêts par le biais du second alinéa de l'article 472. Il est certain, à l'inverse, que ces derniers ont tout intérêt à comparaître aux audiences qui les concernent.

La procédure civile donne un éclairage sur le pouvoir de relevé d'office du juge mais elle ne doit pas être la seule manière d'aborder la question. Car « [...] si l'office du juge est avant tout gouverné par les règles du Nouveau Code de procédure civile, il ne faut pas en déduire pour autant qu'elles sont les seules à régir la matière [...] », ni « [...] sacrifier les exigences du droit substantiel à celles du droit procédural »⁷⁸³. Le droit de la consommation doit être nécessairement confronté à l'office du juge pour permettre de mieux en comprendre la portée.

B. La fragilité de la solution au regard de l'article 6 du Code civil

328. La théorie des nullités à l'épreuve du Code civil. – Le sixième article du Code civil soutient la critique apportée, notamment l'absence de *distinguo* entre l'ordre public de protection et celui de direction lorsqu'il réglemente les conventions : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Il n'est donc jamais possible de déroger aux dispositions d'ordre public. La formule employée implique que toute dérogation à la règle entraîne une sanction. La règle ayant une portée générale, il en sera de même pour la sanction : pas de *distinguo* entre la sanction de la nullité relative et celle absolue. Le juge ne devrait pas faire cette distinction pour exercer son pouvoir de relevé d'office à l'égard d'une méconnaissance de la réglementation des clauses abusives. La solution « Grine » est donc une construction juridique qui fait échapper les dispositions d'ordre public de protection dont la méconnaissance n'a pas été relevée par le consommateur

⁷⁸² F. CANUT, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D.* 2007, p. 2257.

⁷⁸³ O. GOUT, « Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité », *JCP G* 14 février 2001, n°7, II, 10477, note sous Cass, 1^{re} civ. 1^{re}, 15 février 2000, n° 98-12.713, Bull. civ. 2000 I, n° 49, p. 34, *SA Cofica c/ Grine*.

de l'interdiction exprimée à l'article 6. En d'autres termes, les professionnels peuvent prendre le risque de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public de protection, car il y a de fortes chances que leur cocontractant, consommateur, ne s'en plaigne jamais.

Néanmoins, si le pouvoir du relevé d'office du juge ouvre le débat en ce qui concerne le contenu de l'article 12, alinéa 1^{er} du CPC, il ne présente pas de difficulté en ce qui concerne le respect de la contradiction. Peu importe que le moyen soulevé soit d'ordre public de direction ou de protection, et qu'il doive ou puisse seulement être soulevé d'office par le juge, ce dernier sera toujours soumis au principe de la contradiction comme précédemment évoqué⁷⁸⁴.

Une telle jurisprudence fondée sur l'ordre public est une résistance à l'office du juge et plus particulièrement au relevé d'office des dispositions du Code de la consommation. La solution « Grine » opère une réduction du droit de la consommation.

II. Une réduction du droit de la consommation

La référence de la théorie des nullités est défavorable pour les consommateurs dans la défense de leurs intérêts. Si elle est justifiée au sein des autres chambres, elle n'a pas vocation à être appliquée au droit de la consommation qui relève d'un régime particulier. En assurant une protection plus que relative des consommateurs, elle entraîne de manière plus générale une réduction du droit de la consommation (A). Ce constat conduit la doctrine à souhaiter que cette jurisprudence soit abandonnée et qu'émerge une théorie « moderne » des nullités (B).

A. Une réduction *via* une protection relative

329. De la même manière qu'en droit du travail, où la chambre sociale ne permet pas aux juges de relever d'office un moyen tiré d'une disposition d'ordre public de protection issue du Code du travail, empêcher les juges du fond de le faire en matière civile à l'occasion de litiges du droit de la consommation prive la matière de son essence⁷⁸⁵. En permettant aux juges de la

⁷⁸⁴ Sur les limites invariables à l'office du juge : Cf. p. 71 s.

⁷⁸⁵ N. MONACHON DUCHÊNE, « Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge », note sous Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2008, n° 07-19.282, Bull. civ. 2008, I, n° 261, et Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 06-

chambre sociale de relever d'office les dispositions du Code du travail uniquement lorsque ces dernières n'ont pas été édictées dans le but de protéger le salarié démontre une certaine incohérence avec le droit du travail guidé par la protection des salariés.

330. Le relevé d'office à l'épreuve du droit de la consommation. – Une partie de la doctrine considérerait ainsi qu'empêcher le juge de relever d'office une disposition ayant pour but de protéger le consommateur privait la disposition de son essence : « abandonner l'application de la loi aux parties, c'est risquer sa paralysie, au risque de froisser les principes d'universalité et d'égalité de traitement des citoyens »⁷⁸⁶. En effet, cette dernière, dans l'esprit du législateur avait pour but de protéger activement le consommateur par la voie de la sanction (du professionnel), et donc, logiquement, de la prévention. Limiter l'office du juge quant à ces dispositions engendrait selon cette doctrine : « [...] une absence d'aboutissement du droit de la consommation qui restait partiellement théorique car parfois ineffectif en pratique »⁷⁸⁷.

La théorie des nullités est défavorable aux seuls consommateurs qui ne pourront être libérés du lien contractuel que s'ils la demandent. Or, il est plus facile pour un professionnel de rester silencieux que pour un consommateur de se manifester, d'autant plus par des moyens juridiques efficaces. On comprend donc que la théorie des nullités n'est qu'un moyen supplémentaire, avec le délai de forclusion, pour résister à l'engouement des juges du fond pour le relevé d'office. Cette manipulation de l'outil juridique par la Cour est vivement critiquée par une partie de la doctrine selon laquelle le juge use de son pouvoir de relevé d'office de manière détournée. Le professeur I. FADLALLAH déclare pour sa part que « l'invocation d'office du caractère abusif d'une clause requiert la prudence et la sérénité du juge ; elle lui interdit des constructions forcées susceptibles d'être perçues comme traduisant

15.370, Bull. civ. 2009 I, n° 10, *JCP G* 25 février 2009, vol. II, n° 9, p. 10036 : « Là où la notion d'ordre public de protection pèche c'est qu'il est évident que seuls les consommateurs les mieux informés peuvent s'en prévaloir. Si un consommateur est averti de ses droits au point qu'il puisse les opposer à un prêteur, il faut alors considérer que ce consommateur là n'est pas le faible que la loi veut prendre sous son aile. L'ordre public protège les faibles en se fondant sur ce postulat que le protégé est en situation d'ignorance des obligations de son cocontractant. Nous voyons ici l'impasse où mène inexorablement cette définition. L'ordre public de protection n'est pas un ordre public ».

⁷⁸⁶ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

⁷⁸⁷ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908.

la volonté de parvenir vaille que vaille à un résultat prédéterminé, à peine d'affecter l'impartialité que lui impose l'article 6 de la CEDH »⁷⁸⁸.

331. Le droit de la consommation d'ordre public. – Le professeur G.PAISANT soulignait la « fragilité » de la jurisprudence de la Cour, rappelant que : « [...] l'ordre public exprimé par le Code de la consommation est tout autant de protection que de direction, spécialement dans le domaine contractuel »⁷⁸⁹. En faisant dépendre le relevé d'office de la notion d'ordre public de protection, la Cour oublie que les dispositions relèvent aussi de l'ordre public de direction, même si leur mise en jeu est dans l'intérêt de l'une des parties. La solution rendue par la Cour de cassation, qui se retranche « derrière la qualification d'ordre public de protection, ce qui n'est pas dirimant », essuie de multiples critiques : la distinction opérée entre les notions de « protection » et de « direction » n'est pas claire ; « [...] la protection du consommateur sert aussi le marché et l'ordre concurrentiel »⁷⁹⁰ ce qui doit intéresser le juge. A travers la théorie des nullités, la Cour réduit la portée et l'essence du droit de la consommation.

Le juge devrait intervenir dans un procès mettant en danger les intérêts du consommateur. Un abandon de la notion d'ordre public de protection est souhaité par la doctrine qui dessine les contours d'une théorie dite « moderne » des nullités.

B. L'émergence de la théorie « moderne » des nullités

332. Une théorie des nullités inadaptée. – Dans une situation où le consommateur, ne possédant pas les armes pour se défendre, est poursuivi en paiement par une société de crédit parfaitement bien informée et conseillée, le laisser comprendre seul que la clause insérée dans son contrat est abusive semblerait injuste.

333. La faiblesse de l'une des parties devrait faire tomber la notion d'ordre public de protection, et de nullité relative : « Cette analyse s'inscrit dans l'acception traditionnelle des

⁷⁸⁸ C. BAUDE-TEXIDOR et I. FADLALLAH, « La réglementation française ne peut empêcher le juge de relever d'office le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l'expiration du délai de forclusion », *JCP E* 13 février 2003, n° 7, p. 279.

⁷⁸⁹ G. PAISANT, « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *JCP G* 13 février 2008, vol. II, n° 7, 10031.

⁷⁹⁰ S. AMRANI-MEKKI, « Office du juge et pouvoir de relever d'office », *JCP G* 23 avril 2008, I, n°17, 13, p.23, précité.

pouvoirs du juge tels qu'appréhendés par les civilistes qui contemplent exclusivement les pouvoirs du juge à l'aune du caractère de la nullité sans égard pour les règles de procédure. Pourtant, même d'un point de vue strictement substantiel, pareille solution semble contredire la théorie moderne des nullités dès lors que la partie protégée par la règle transgressée est défenderesse au procès. Il paraît en effet souhaitable que chaque fois que le contractant protégé ignore la sollicitude de la loi, le juge lui en révèle les bienfaits car les dispositions qui n'ont pas été respectées ont été édictées pour le protéger »⁷⁹¹.

334. Critiques doctrinale. – La théorie moderne des nullités donne la préférence aux principes directeurs plutôt qu'à la nullité des dispositions visées et de la qualité, défendeur ou demandeur, de la personne qu'elles protègent. Sur ces points, la critique de la jurisprudence fondée sur la théorie de la nullité est partagée de manière générale par l'ensemble de la doctrine.

Dans le même sens, le professeur X. LAGARDE estimait à juste titre que l'aspect déséquilibré que présentait le rapport entre le consommateur partie faible et le professionnel partie forte justifiait que le juge puisse participer au litige par la voie du relevé d'office. Il déclare même qu'il serait « [...] curieux qu'au prétexte d'une conception restrictive de l'office du juge, celui-ci soit finalement conduit à consacrer une solution contraire à des règles impératives, motif pris de ce que leur bénéfice n'aurait pas été invoqué par la partie protégée »⁷⁹². Pourtant, la jurisprudence « Grine » ne permet pas au juge de relever d'office les nullités relatives, et le professeur poursuit son analyse en condamnant cette jurisprudence « [...] en rupture avec les conceptions modernes de l'office du juge [...] ».

335. L'abandon de la théorie « classique » des nullités. – La théorie « classique » des nullités, « insuffisante à fonder à elle seule l'office du juge », ne permet pas au juge de soulever d'office le caractère illicite d'un acte pour en prononcer la nullité parce que cette dernière est relative. La théorie dite « moderne » des nullités, dégagée par la doctrine, devrait permettre au juge de ne plus faire la distinction entre celles « relatives » et celles « absolues », ouvrant totalement la voie du relevé d'office des nullités au juge, et permettant justement au droit de la consommation d'être opérant.

Le professeur L. CADIET avait justement souligné que « le juge doit donc relever d'office des moyens de droit qui lui paraissent applicable au litige, que ces moyens soient

⁷⁹¹ O. GOUT, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA* 30 mai 2008, n° 109, p. 20, *précité*.

⁷⁹² X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G* 11 avril 2001, n° 15-16, *précité*, p. 745.

d'ordre public ou qu'ils ne le soient pas. C'est parce qu'ils sont des moyens de droit qu'ils s'imposent au juge saisi, non parce qu'ils sont d'ordre public, cette qualification excluant seulement le pouvoir pour les parties d'en disposer »⁷⁹³. Si l'on s'en tient à l'esprit de MOTULSKY il serait aisé d'en conclure aussi simplement qu'il ne l'avait fait : « Le juge est tenu d'appliquer spontanément la loi parce qu'elle est la loi, et non parce qu'elle est d'ordre public »⁷⁹⁴. Peu importe que la loi se range du côté de l'ordre public de protection ou de direction ; peu importe même qu'elle soit d'ordre public, le juge devrait être tenu de l'appliquer indifféremment.

336. La doctrine en était venue à considérer que le relevé d'office du juge ne méconnaîtrait pas les prétentions des parties, par une évolution de l'article 4 du CPC au regard du droit de la consommation. Elle considère que le principe « d'immutabilité du litige » est dépassé par le Code de procédure civile dès sa réforme en 1975 (il s'agissait à cette époque, du « Nouveau code de procédure civile »)⁷⁹⁵. On sait que c'est l'immutabilité du litige et la limite posée par les prétentions des parties qui posait une difficulté à la Cour lorsqu'elle devait relever d'office la nullité d'une clause entraînant une sanction privée.

337. Par cette émergence de la théorie « moderne » des nullités, la doctrine manifeste sa réprobation à l'égard de la solution retenue en février 2000 ; cette dernière ne suffit pas à répondre à toutes les exigences dues à la complexité et à la raison d'être du droit de la consommation. La limite à l'office du juge née de la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction est reconsidérée par la doctrine qui en souhaite l'abandon, donnant naissance à la théorie « moderne » des nullités. Elle souligne la nécessité d'un dépassement de la jurisprudence « Grine » pour une consécration du relevé d'office du juge.

⁷⁹³ L. CADIET, *Droit Judiciaire privé*: Litec, 1998, 2^e éd., n°1133, p. 487.

⁷⁹⁴ C. BLÉRY et L. RASCHEL, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Revue Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 4, *précité*.

⁷⁹⁵ J. MESTRE et B. FAGES, « Nullité relative : légère atténuation à l'impossibilité pour le juge de la soulever d'office », note sous Cass, 1^{re} civ. 18 décembre 2002, n° 99-21.121, Bull. civ. I, n° 315, p. 247, *RTD Civ.* 2003, p. 704.

CONCLUSION DE CHAPITRE

La Cour de cassation anéantit les espoirs des juges du fond dès lors que ces derniers sont amenés à trancher un litige dans lequel le droit d'action du consommateur est dépassé. Elle apporte un coup supplémentaire à ces derniers par l'édiction d'une règle valable à la fois pour les litiges hors délai que pour ceux ne l'étant pas. Cette règle est le fruit d'une construction juridique fondée sur la notion d'ordre public.

338. Engagée par la première chambre civile, suivie par la chambre commerciale, la notion prend toute son ampleur avec son adoption définitive par la Cour à travers l'arrêt « Grine », largement reprise au sein des autres chambres. La formule est simple : « Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ». La Cour marque l'avènement de la « théorie des nullités ».

339. Tout argument juridique tiré du droit de la consommation est par nature un moyen de protection : lorsque le consommateur invoque le caractère abusif d'une clause pour se défendre face à un professionnel qui en demande l'application il avance bien un argument juridique mais de nature à le protéger contre les abus et les manquements de son adversaire. Il ne s'agit pas d'invoquer une réduction du prix pour vice caché ou une nullité pour erreur mais de dénoncer une pratique illicite du professionnel faite au détriment des intérêts d'un consommateur jugé vulnérable. Les dispositions du Code de la consommation présentent la particularité de protéger le consommateur en tant que partie faible. La Cour considère de manière contradictoire que c'est à lui seul, auquel profitent précisément ces dispositions, que revient la charge de les invoquer. Les avantages conférés par la mise en jeu de ces dispositions n'ont pas le caractère absolu reconnu aux moyens d'intérêts publics, mais relatifs ; et en vertu de la théorie des nullités relatives, le relevé d'office de ces dernières par le juge est impossible.

Cette théorie de la nullité, fondée sur la notion d'ordre public est le moyen pour la Cour de régler la controverse du relevé d'office du juge en droit de la consommation de manière générale. Critiquée par sa rigueur au regard de la protection des consommateurs et par son incohérence face à la mission première du juge de trancher le litige en droit, une partie de la doctrine conteste la direction prise par la Cour de cassation. Elle exprime le souhait d'un abandon de l'ordre public de protection comme « régisseur » de l'office du juge en droit de la consommation.

CONCLUSION DE TITRE

340. Le relevé d'office du juge souffre des défauts de la réglementation des clauses abusives. La protection des consommateurs, « leitmotiv » des juges du fond dans l'application du droit de la consommation, exigeait qu'un palliatif soit trouvé à la « carence » législative de 1978, et aux « incertitudes » de 1995. Le juge en a fait son office.

Alors que rien ne permettait d'envisager le juge comme ayant un rôle déterminant dans la qualification des clauses abusives en raison du pouvoir réglementaire, on observe une émergence du pouvoir judiciaire dès 1995, grâce à une certaine latitude accordée par le législateur. Libéré de la contrainte des listes réglementaires, le juge pouvait qualifier la clause d'abusives au regard du critère désormais unique du « déséquilibre significatif ». Cette latitude n'a pourtant pas empêché que se forme un « schisme » au sein de la jurisprudence opposant les juges du fond consommateurs d'un côté, à la Cour de cassation de l'autre.

La question de l'office du juge, portée et amorcée en matière nationale par une réglementation « hasardeuse » des clauses abusives, pose aussi des difficultés au juge national lorsqu'il doit trancher des litiges appartenant au domaine du droit du crédit. Le juge se heurte aux dispositions destinées à protéger l'une des deux parties. Le droit de la consommation a été créé dans le but de réglementer les rapports contractuels ; c'est le juge qui en prend la suite lors de la survenance de litiges, confronté au déséquilibre entre les cocontractants. Ce déséquilibre est fréquent dans les contrats de crédit à la consommation, ce qui amène le juge à trancher des litiges opposant des établissements prêteurs à des consommateurs emprunteurs. La réponse à la question du relevé d'office du juge est apportée à l'occasion d'un litige en droit du crédit à la consommation, domaine de prédilection des contrats d'adhésion et des clauses abusives et qui constitue la scène principale de l'office du juge en droit de la consommation. L'évolution de l'office du juge au regard des clauses abusives ne laisse pas le droit du crédit à la consommation en marge⁷⁹⁶.

341. Les sanctions attachées à l'irrégularité de l'offre de prêt poussent la Cour à formuler un avis prétendant que le moyen tiré de cette irrégularité est une demande reconventionnelle

⁷⁹⁶ G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *JCP E* 20 mars 2008, n° 12-13, 1383, p. 17 : « En droit français, la question de la saisine d'office du juge en droit de la consommation s'est posée essentiellement en deux domaines, celui des clauses abusives, celui des contrats de crédit à la consommation ».

pour la faire entrer dans le champ d'application de l'article L.311-37. Le juge d'instance est confronté à des litiges opposant un professionnel, demandeur, à un consommateur, défendeur. C'est rarement le consommateur peu averti et mal défendu qui se « jette dans la gueule du loup » pour formuler la moindre contestation sur le contrat qu'il a conclu avec le professionnel ; contrat dont il a besoin (notamment les contrats de crédit). Des règles de procédures spécifiques au droit du crédit s'appliquent : le délai de forclusion. Comme souvent il est opposable au consommateur.

342. La spécificité de la sanction en droit de la consommation l'amène à considérer que même si le moyen de droit est soulevé dans les délais, nul ne peut le faire à la place de l'intéressé : le consommateur. La jurisprudence « de la vieille école » puis celle « de la théorie des nullités » paralysent toutes deux la mise en application des dispositions du Code de la consommation : l'une par le dépassement du délai, l'autre par le jeu de la faiblesse du consommateur : puisque le délai du consommateur est dépassé, le juge ne peut plus soulever le moyen, et puisque la théorie des nullités veut que le consommateur se débrouille seul, la réglementation des clauses abusives est à nouveau paralysée par le silence du consommateur due à son ignorance/absence. La théorie des nullités se veut plus générale : elle s'applique à tous les litiges, qu'ils relèvent du domaine des clauses abusives ou du crédit à la consommation.

Cette jurisprudence démontre un malaise quant à l'office du juge relativement au droit du crédit. Les clauses abusives sont réglementées par les lois de 1978 puis de 1995, mais le droit du crédit implique des effets particuliers saisis par la Cour de cassation et qui rejaillissent à travers la notion d'ordre public de protection.

CONCLUSION DE PARTIE

En posant la question du relevé d'office du juge en droit de la consommation, le sujet mêle à la fois des questions de procédures à des préoccupations consuméristes. La controverse de l'office du juge en droit de la consommation n'en devient que plus complexe et source d'intérêt, le débat doctrinal et jurisprudentiel en est enrichi.

343. Le pivot de la controverse. – Le relevé d'office s'attache particulièrement à l'interprétation et à l'emploi de l'article 12 du Code de procédure civile, essentiel dans la compréhension et la définition de l'intensité du relevé d'office du juge. Cet article présente un intérêt premier au regard de son histoire, qui démontre que la question du relevé d'office n'est déjà pas évidente. Inséré au sein même du Code de procédure civile il révèle des incohérences face aux principes directeurs de la procédure et notamment celui du contradictoire. Par sa suppression, le Conseil d'Etat ne s'en est pas « débarrassé » puisque ce dernier ressurgit dès lors que le juge tranche le litige en droit (au regard de la règle de droit qui renvoie elle-même à celle de conflit de lois en cas d'élément d'extranéité au sein du litige). L'ancien alinéa 3 serait certainement tombé dans l'oubli si le droit de la consommation n'avait pas ouvert la controverse.

Texte pivot dans la controverse du relevé d'office du juge, l'article 12 du Code de procédure civile s'impose régulièrement lorsqu'est évoqué l'objet du litige, la qualification du fondement juridique, celui des faits et actes, l'application de la règle de droit, etc. Si le relevé d'office du juge ne pose pas de difficulté, la question de son intensité dérange. La jurisprudence y répond partiellement, proposant des solutions adaptées aux cas particuliers que présentent les litiges en matière nationale (la distinction jurisprudentielle entre la qualification des faits et actes litigieux et du fondement juridique est désormais bien connue), et internationale (la disponibilité ou l'indisponibilité des droits en est le critère principal).

344. L'origine de la controverse. – Les principes sont mis à l'épreuve en droit de la consommation. La défaillance du législateur dans la réglementation des clauses abusives est à la source et l'essence du droit de la consommation s'en fait l'agitateur. Le législateur ne doit pas empêcher le juge de trancher le litige en droit, même si la réglementation est hasardeuse. Le juge intervient pour s'en faire l'« interpréteur » et non pas seulement le neutre « applicateur ». Cette intervention positive, le juge la justifie au moyen de l'essence du droit

de la consommation que constitue le déséquilibre dans la relation contractuelle et judiciaire entre le consommateur et le professionnel. Motivés par des considérations « politico-sociales », les juges du fond voient leurs solutions contredites par la Cour de cassation.

Que les juges du fond appliquent le droit de la consommation lorsque sont en jeu les intérêts du consommateur et qu'ils qualifient une clause abusive pour la réputer non écrite comme les textes en cause l'exigent, cela répond effectivement à leur mission première qui est de trancher le litige conformément aux règles de droit. Mais lorsqu'ils exercent leur relevé d'office à l'encontre d'une irrégularité dans l'offre préalable d'un contrat de crédit alors que le délai d'action est dépassé, ou quand ils relèvent d'office le caractère abusif de la clause litigieuse alors que le consommateur est silencieux voire absent, les règles de droit sont méconnues. D'abord parce que le juge a entendu appliquer le droit de la consommation en oubliant la procédure, et ensuite parce que le juge a parlé à la place du consommateur.

345. « Procédure » et « ordre public de protection » sont les outils de la Cour de cassation face à la jurisprudence consumériste des juges du fond. Et par ce rappel, les limites à l'office du juge reviennent à nos mémoires : ce dernier ne peut pas méconnaître l'objet du litige, et si le consommateur n'a pas entendu formuler une prétention particulière quant à sa libération de l'obligation du paiement des intérêts le juge ne pourra pas statuer *ultra petita* ; le juge ne peut pas non plus relever d'office un moyen tiré de la méconnaissance du principe du contradictoire, et de toute façon il n'a pas l'obligation de requalifier le fondement juridique formulé par le consommateur pour le faire entrer dans le champ d'application du droit des clauses abusives, et personne ne peut lui reprocher de ne pas l'avoir fait ; en droit du crédit, le juge voit son pouvoir du relevé d'office paralysé dès lors que le délai d'action est dépassé.

L'ensemble de ces considérations qui renvoient à l'exigence du droit au procès équitable sont intelligibles, mais elles valent peu de choses face à la définition de l'ordre public par la Cour de cassation : peu importe que le délai d'action soit encore ouvert ou que le juge ait entendu faire respecter le contradictoire, le relevé d'office vole en éclat dès lors qu'il porte sur un moyen d'ordre public de protection. Il ne suffit pas aux juges d'instance de procéder à un exercice de gymnastique intellectuelle au seul regard des règles de procédure civile pour faire admettre par la Cour de cassation un moyen de droit relevé d'office du Code de la consommation.

346. C'est vers la mission première du juge de « trancher le litige conformément aux règles de droit » que les regards se tournent dès lors que son pouvoir de relevé d'office pose des difficultés. Ce pouvoir est strictement rattaché à l'office du juge. Cette mission est à nouveau rappelée et confrontée à la jurisprudence de la Cour de cassation, mal reçue par une partie de la doctrine. La controverse n'est pas réglée. Dans une certaine mesure, elle le sera rapidement et dans un sens contraire à celui consacré par les juges de la Haute juridiction. Les juges du fond « de Vienne », toujours dans cette dynamique consumériste continuent de se faire les « bras armés »⁷⁹⁷ du relevé d'office du juge en droit de la consommation au point d'en permettre la consécration.

La prière dans le sens de l'abandon de la théorie des nullités dégagée par la Cour de cassation sera entendue.

⁷⁹⁷ Expression reprise de : S. GAUTIER, «Crédit permanent : martyr des juges du fond», *LPA* 17 octobre 2005, n° 206, p. 3, *précité*.

PARTIE 2

LE RELEVÉ D'OFFICE DU JUGE CONSACRÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION

La solution de principe défendue dans la jurisprudence exposée précédemment est conforme aux principes directeurs de la procédure civile : le juge tranche le litige conformément aux règles de droit. Or, ces règles englobent-elles aussi celles du droit européen ? En théorie la réponse est positive, et le juge les respecte lorsqu'il rend sa décision, puisqu'il applique le Code de la consommation lui-même réformé et enrichi par ce droit. En effet, le droit de la consommation, par la spécificité de ses acteurs ainsi que son impact économique, intéresse le législateur européen, qui intervient alors dans ce domaine pour unifier les différents ordres juridiques. Le droit national est aussi influencé, et réglementé par ce dernier qui édicte des règles relatives au droit des clauses abusives et au droit du crédit.

La controverse a fini par intéresser la Cour de justice : le droit européen de la consommation régleme le droit du crédit par voie de directives, conduisant le juge national à la consulter sur cette question. Les règles de droit interne ne satisfaisaient pas et ne permettaient pas à ce dernier de répondre à la question de l'office du juge et plus précisément à celle de son pouvoir de relevé d'office. C'est par le jeu de ce déplacement de la question de l'office du juge dans la sphère du droit européen de la consommation, qu'une consécration sera rendue possible. Si la durée et la complexité de la controverse permettent de constater que cette consécration de l'office du juge n'est pas évidente en droit interne, les caractères du

droit européen vont réviser la question, bouleversant les principes établis et les solutions auparavant trouvées par les juges nationaux.

Le droit européen se prononce, dans le débat suscité par la question du relevé d'office du juge en droit de la consommation, en faveur d'un juge plus puissant et plus actif, soit, en faveur de ce relevé d'office. La Cour de justice soutenue par le législateur européen va nourrir son argumentaire de telle sorte que le relevé d'office apparaîtra comme une solution opportune au regard de la protection des consommateurs (**Titre 1**).

Pourtant, sa réception en droit interne se traduit par des réserves. Au regard de la jurisprudence européenne, et alors que cette dernière connaît une évolution progressive de la matière, la consécration du relevé d'office du juge en droit interne est partielle (**Titre 2**). La Cour de justice n'emporte pas une adhésion pleine et entière, et n'est pas totalement suivie par le législateur interne.

TITRE 1

UNE CONSÉCRATION OPPORTUNE DU RELEVÉ D'OFFICE

A partir de la controverse nationale issue de l'application de la directive relative aux clauses abusives de 93/13/CE par le juge, apparaîtra la question de l'interaction du droit de l'Union avec les droits nationaux, qui n'apparaissait pas avec la jurisprudence nationale (celle dite « Grine », notamment). En effet, le législateur « communautaire » qui était déjà intervenu par le biais de cette directive pour réglementer le droit de la consommation, participe à la consécration de l'office du juge (**Chapitre 2**), avec le concours du juge « communautaire ». Si le mécanisme de transposition des directives permet aux Etats-membres de les introduire au sein du droit interne afin de respecter les objectifs visés par le législateur, il ne suffit pas et pose parfois des difficultés d'application auxquelles la Cour de justice apporte des solutions, prenant part, alors, à cette consécration de l'office du juge dès les années 2000 (**Chapitre 1**).

L'adaptation de la consécration « communautaire » aux spécificités du droit interne n'est pas évidente. La position de la Cour de cassation est tellement éloignée de celle de la Cour de justice que son accueil en droit interne est prudent et timide. Cette adaptation est nécessaire et « urgente » puisqu'elle ne concerne pas seulement la jurisprudence mais bien le droit interne, par l'intervention saluée du législateur.

CHAPITRE 1

LE RELEVÉ D'OFFICE CONSACRÉ PAR LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Dans la « *saga* » du relevé d'office du juge, la jurisprudence de la Cour de justice joue un rôle particulièrement important : progressivement, au fil des questions préjudicielles qui lui sont posées, elle livre des précisions essentielles quant aux exigences prescrites par la directive de 1993 et notamment sur la question du relevé d'office.

Si le juge national fait une application des règles de droit issues du droit interne ce dernier entre parfois en conflit avec le droit européen pourtant applicable par la voie des lois de transposition des directives. Pour la Cour de justice, ce dernier ne doit pas être méconnu, ni oublié par le juge lorsqu'il tranche le litige qui lui est soumis. Son objectif premier est d'en assurer l'effet « utile », une préoccupation qui permettra de comprendre l'importance d'une consécration de l'office du juge, et, partant, la jurisprudence qui sera rendue par la suite en ce sens.

Porteuse d'une véritable influence, c'est bien la jurisprudence communautaire⁷⁹⁸ qui est le moyen essentiel d'une consécration du relevé d'office du juge en droit interne (**Section 2**). Ce droit sera donc évoqué suivant son ancienne appellation (« communautaire ») mais aussi sous son nouveau « titre » de droit « européen » acquis avec le Traité de Lisbonne et employé pour évoquer des principes généraux justifiant sa légitimité en droit interne (**Section 1**).

⁷⁹⁸ Puisqu'intervenue avant le 1^{er} décembre 2009 (la « CJCE » devient, dans le même temps, la « CJUE »).

SECTION 1

LA LÉGITIMITÉ DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE EN DROIT INTERNE

Sans pour autant entrer dans un développement trop approfondi sur le droit de l’Union qui ne doit être exposé que pour comprendre son enjeu au regard de la controverse du relevé d’office du juge, l’évocation succincte des notions qui le composent est indispensable. Elle permettra de saisir comment la controverse a pu d’abord envahir la sphère « communautaire » puis « européenne » du droit de la consommation.

Un outil particulier au droit de la consommation (§1) aura un rôle essentiel dans la controverse du relevé d’office du juge. Une appréhension des notions attachées au droit européen de la consommation et qui forment les conditions (§2) de son rayonnement sur le droit interne est essentiel pour comprendre comment la controverse du relevé d’office du juge a pu prendre tant d’ampleur.

§1. L’outil du droit européen de la consommation

Lorsque la Cour de justice répond à la question de l’office du juge, elle le fait évidemment au regard des spécificités du droit européen de manière générale, et de la directive en particulier, car elles sont pour elle ce que sont les règles de droit interne pour le juge national. La Cour de justice tranche la question conformément à la directive applicable, ouvrant la voie à une consécration de l’office du juge. Il est donc nécessaire d’évoquer la directive de manière générale, pour comprendre la solution prise en 2002, relative aux clauses abusives.

347. Définition. – Une directive est définie comme étant une « norme par laquelle une autorité disposant d’un pouvoir d’appréciation se fixe à elle-même, ou prescrit à une autre autorité une ligne de conduite dans l’exercice de ce pouvoir »⁷⁹⁹. Plus précisément, la directive, considérée comme « un mode de législation assez originale »⁸⁰⁰, est un « acte normatif [des institutions de l’Union européenne] qui lie tout Etat membre destinataire quant

⁷⁹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 347.

⁸⁰⁰ H. CHAVRIER, « Droit de l’Union et des Communautés européennes et contentieux administratif », *Ré. Cont. Adm. Dalloz*, mars 2005.

au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »⁸⁰¹.

C'est l'article 288 TFUE (ancien article 249 TCE)⁸⁰², qui prévoit que ces directives, issues du droit dérivé, interviendront de cette manière dans le paysage du droit interne en commandant aux Etats de parvenir à un résultat prédéterminé, tout en laissant à ces derniers une marge de manœuvre pour le faire : les moyens et la forme qu'ils auront choisi restants de leur compétence⁸⁰³. Il s'agit de contraindre les Etats-membres à une obligation de résultat. Pour comprendre de quelle manière les directives exercent leur influence sur le droit interne, il faut évoquer le mécanisme de leur transposition en droit interne, et l'effet juridique qu'elles produisent dans notre droit interne.

En posant son « empreinte », la directive modifie fondamentalement notre droit à la fois en raison de son insertion au sein de notre droit interne (I) mais aussi au moyen de son interprétation par le juge (II).

I. L'insertion de la directive en droit interne

C'est par le procédé de transposition de la directive (A) que cette dernière pourra être intégrée en droit interne. Conséquemment et indifféremment, la directive emporte aussi des effets en droit interne (B).

A. Le procédé de transposition en droit interne

348. Transposition et applicabilité. – La transposition de la directive est surtout la condition nécessaire à son applicabilité et (normalement) à son « invocabilité » par les justiciables : « A la différence des règlements européens, les directives négociées puis adoptées à l'échelon communautaire ne sont pas, en principe, directement applicables dans les Etats membres. Elles doivent donc faire l'objet de mesures nationales d'exécution dans chacun des pays de l'Union européenne avant de pouvoir être invoquées par les diverses

⁸⁰¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 347, *précité* (la présente définition a été adaptée à la réforme opérée par le traité de Lisbonne).

⁸⁰² Avec le Traité de Lisbonne, le « Traité instituant la Communauté Européenne » (TCE) signé à Rome le 25 mars 1957 devient le « Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne » (TFUE).

⁸⁰³ Article 288 TFUE, alinéa 1^{er} (ancien article 249 TCE) prévoit que : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis » ; alinéa 3 : « La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

CHAPITRE I – Le relevé d’office consacré par la jurisprudence communautaire

administrations ou par les entreprises et les citoyens »⁸⁰⁴. La transposition de la directive est donc le moyen de son application en droit interne. Elle doit suivre certaines règles dont il convient de rappeler le mécanisme (1) et les conditions (2).

1° Le mécanisme de la transposition

349. Une exigence constitutionnelle. – Par principe, la directive, pour être effectivement applicable au sein de l’ordre juridique interne de l’Etat-membre, nécessite d’être transposée : « La transposition des directives communautaires constitue une obligation communautaire et une exigence constitutionnelle, dont le respect implique une transposition fidèle, complète et ponctuelle »⁸⁰⁵.

Ce processus est enfermé dans un délai précisé par la directive elle-même et s’étend généralement sur dix-huit mois. Pour assurer son respect, ce délai est assorti d’une sanction infligée à l’Etat défaillant par le biais d’un recours en manquement (régulièrement engagé à l’encontre de la France) dont la procédure, ouverte aux Etats-membres, est toutefois souvent exercée par la Commission devant la Cour de justice de l’Union européenne⁸⁰⁶.

Le mécanisme de la transposition de la directive en droit interne est assorti de conditions dont le respect est nécessaire par les législations nationales.

2° Les conditions de la transposition

350. La double condition. – La transposition de la directive n’est possible qu’à deux conditions : celles de sa précision et son inconditionnalité. La condition de précision de la directive implique qu’elle ne soit pas obscure et que son contenu permette au législateur national de procéder à sa transposition sans difficulté, et sans laisser de place au doute et à la confusion, élément ouvrant la voie à l’insécurité juridique, fortement redoutée par notre droit. Celle de l’inconditionnalité suppose, elle, que la directive ne s’accompagne d’aucune mesure supplémentaire pour sa mise en application afin d’être transposée.

⁸⁰⁴ Fiche d’actualité de l’Assemblée Nationale : « La transposition des directives », février 2007, www.assemblee-nationale.fr/europe/fiches-actualite/transposition.asp.

⁸⁰⁵ Conseil des ministres, « La transposition des directives communautaires », communiqué du Conseil des ministres du 20 février 2008, *La documentation française*, 1^{er} janvier 2009.

⁸⁰⁶ Ce sont les articles 258 à 260 TFUE qui réglementent cette procédure juridictionnelle.

Ces différents éléments qui permettent au législateur la transposition, ou non, d'une directive en droit interne ont par la suite été précisés par la Cour de justice. Ainsi, le 10 mai 2001⁸⁰⁷, à la suite à l'introduction d'une procédure en manquement à l'encontre du royaume des Pays-Bas par la Commission pour un défaut de transposition de la directive 93/13/CEE, la Cour de justice déclare qu'une interprétation conforme par les juridictions nationales ne suffit pas pour satisfaire à la transposition de la directive.

Elle décide, reprenant les termes de l'avocat général, qu' : « une jurisprudence nationale, à la supposer établie, interprétant des dispositions de droit interne dans un sens estimé conforme aux exigences d'une directive ne saurait présenter la clarté et la précision requises pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique ». La Cour ne souhaite pas que la directive de 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs fasse l'objet d'une transposition en droit interne par le biais de la jurisprudence, sous peine d'une méconnaissance du principe de sécurité juridique⁸⁰⁸. C'est un reproche qui aurait pu être formulé à l'encontre de la France qui, comme nous avons pu le constater, fait une transposition critiquable de cette même directive, puisque les dispositions en vigueur ne permettent pas aux juges de s'accorder quant à l'exercice de leur pouvoir de relevé d'office lorsqu'ils sont confrontés à une clause abusive.

Dans l'arrêt rendu contre le royaume des Pays-Bas, la Cour ajoute à cela, justifiant ainsi la décision prise, que « [...] tel est particulièrement le cas dans le domaine de la protection des consommateurs ». Considérée comme une matière sensible en raison de la vulnérabilité des consommateurs, la Cour démontre une certaine sévérité quant à la transposition de la directive de 1993 réglementant les clauses abusives.

Les conditions requises pour une transposition conforme de la directive en droit interne sont précises ; reste à connaître celles relatives à son « invocabilité », l'une et l'autre n'étant finalement rattachées que par un lien ténu.

⁸⁰⁷ CJCE, 10 mai 2001, aff. C-144/99, *Commission des Communautés Européennes contre Royaume des Pays-Bas*.

⁸⁰⁸ Une exigence qui connaît cependant une dérogation accordée exceptionnellement par la Cour de justice à propos de la directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990 « concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement », dans une solution rendue le 26 juin 2003, aff. C-233/00, *Commission c/ France*.

B. Les effets de la directive en droit interne

Toutes les normes européennes produisent un effet juridique en droit interne⁸⁰⁹. Certaines de ces normes ont un effet direct⁸¹⁰, d'autres non : les directives, en principe, appartiennent à ces dernières⁸¹¹. Pourtant, à travers sa transposition se dégage une « invocabilité » de la directive, reconnue en tant que notion autonome (1). Elle emporte alors avec elle un double effet : celui qualifié de « direct », par exception (2) et celui « utile » par principe (3).

1° L'« invocabilité », une notion autonome de la transposition

La transposition de la directive conditionne, théoriquement, la possibilité pour les justiciables de l'invoquer devant le juge national ; la notion d'« invocabilité devant être définie (a). Pourtant, tel n'est pas toujours le cas, et des atténuations (b) à cette affirmation doivent être apportées.

a) Définition de la notion d'« invocabilité »

351. La notion d'« invocabilité » est une notion qui peut être définie sous divers angles. De manière générale, l'« invocabilité » de la directive renvoie à la possibilité pour le justiciable de s'en prévaloir⁸¹². De manière particulière, elle est à la fois une « invocabilité

⁸⁰⁹ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, Introduction au droit européen, PUF, Broché, 2008, p. 359.

⁸¹⁰ Les règlements bénéficient de cet effet direct : article 288 § 2 TFUE. 2. Le droit européen a à la fois un effet « vertical » (de l'Etat aux particuliers) et « horizontal » (d'un particulier à un autre), il ne s'agit, pour le premier, que d'un effet dit « ascendant » ; sur l'effet « vertical » : CJCE 14 juillet 1994, aff. C-91/92, *Paola Faccini Dori contre Recreb Srl*. Un Etat-membre peut aussi « [...] saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités » (article 259 TFUE, ancien article 227 TCE).

⁸¹¹ CJCE, 26 février 1986, aff. C-152/84, *Marshall/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* : « Selon l'article 189 du Traité, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de tout Etat membre destinataire. Il s'ensuit qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne » ; dans le même sens, à propos de la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 « relative aux services dans le marché intérieur » : Cass. 2^e civ. 26 septembre 2013, n° 12-24.940, Bull. civ. 2013 II : « Mais attendu qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre ».

⁸¹² Article 263 TFUE alinéa 4 (ancien article 230 TCE) : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la

d'interprétation conforme (parfois appelée "effet indirect", pour obtenir du juge une interprétation du droit national conforme au droit *communautaire* invoqué), invocabilité d'exclusion (pour faire écarter le droit national contraire), invocabilité de réparation (pour obtenir une indemnisation du préjudice causé par une violation nationale du droit *communautaire* invoqué), ou invocabilité de substitution (permettant l'application même de la disposition *communautaire* invoquée à défaut ou à la place du droit national). Une norme reconnue comme ayant effet direct pourra se prévaloir de toutes ces dimensions de l'invocabilité »⁸¹³. A contrario, une norme européenne qui n'a pas d'effet direct pourrait se prévaloir de l'une de ces dimensions, ce qui peut être le cas de la directive.

352. Une notion autonome. – La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE donne à la notion de l'« invocabilité » de la directive une certaine autonomie par rapport à l'exigence de sa transposition. Le principe veut que la transposition de la directive, sa clarté et son inconditionnalité soient les conditions de son « invocabilité » à l'encontre de l'Etat (son invocabilité n'étant pas admise entre les particuliers⁸¹⁴) et que seules les dispositions ayant permis cette transposition puissent être invoquées par les justiciables devant le juge, la Cour de justice admet qu'ils soient aussi en mesure de se prévaloir de celles de la directive⁸¹⁵. La doctrine approuve : « Si la mise en œuvre " normale " des directives passe par l'opération de transposition, la situation " pathologique " résultant de l'absence ou de l'irrégularité de la transposition ne peut avoir pour conséquence de priver d'effet la norme communautaire au mépris de l'obligation inscrite dans l'article 189 du Traité de la CE »⁸¹⁶.

353. Illustration. – La Cour de justice décide, dans un arrêt rendu le 11 juillet 2002⁸¹⁷ que : « les particuliers sont fondés à invoquer devant le juge national, à l'encontre de l'État, les dispositions d'une directive [...] dans le cas où les mesures nationales qui transposent correctement ladite directive ne sont pas appliquées de manière à atteindre le

concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution » ; article 277 TFUE (ancien article 241 TCE) : « Nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 263, sixième alinéa, toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union, se prévaloir des moyens prévus à l'article 263, deuxième alinéa, pour invoquer devant la Cour de justice de l'Union européenne l'inapplicabilité de cet acte ».

⁸¹³ M. BLANQUET, « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire Dalloz de droit européen*, août 2008 (mise à jour : octobre 2010).

⁸¹⁴ CJCE, 14 juillet 1994, aff. C-91/92, *Paola Faccini Dori contre Recreb Srl*, précité.

⁸¹⁵ CJCE, 12 juillet 1990, aff. C-188/89, *A. Foster e.a. contre British Gas plc* ; CJCE, 7 janvier 2004, aff. C201/02, *The Queen, à la demande de Delena Wells contre Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* (second point de la solution).

⁸¹⁶ D. SIMON, *Directive*, *Répertoire Dalloz de droit européen*, décembre 1998.

⁸¹⁷ CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-62/00, *Marks & Spencer plc contre Commissioners of Customs & Excise*.

résultat qu'elle vise. En effet, l'adoption de mesures nationales transposant correctement une directive n'a pas pour conséquence d'épuiser les effets de celle-ci et un État membre demeure tenu d'assurer effectivement la pleine application de la directive même après l'adoption de ces mesures ». La Cour permet ici que les justiciables puissent invoquer la directive alors que cette dernière a bien été transposée. Ces derniers qui auraient dû invoquer, dans ce cas-là, la loi de transposition, peuvent désormais en faire de même avec les dispositions de la directive elle-même lorsqu'il apparaît que l'application de la loi de transposition par le système juridique interne ne respecte pas le résultat initialement attendu par celle-ci.

La nature des directives, qui ne définissaient que le résultat à atteindre et non pas aussi les moyens pour le faire, semblait ne pas pouvoir accorder directement de droits et/ou d'obligations aux particuliers ; pourtant la Cour est venue étendre aux directives l'invocabilité reconnue aux règlements.

« Invocabilité » et transposition de la directive ne sont alors pas indissociables, la première des deux notions s'accompagnant nécessairement d'atténuations qui lui sont propres.

b) Atténuations à l'attachement de l'invocabilité à la transposition

Deux atténuations doivent être distinguées : celle qui découle de la situation dans laquelle la directive est en voie de transposition et celle dans laquelle elle est non-transposée.

354. La directive « en voie » de transposition. – Un premier tempérament peut être déjà apporté par le biais du délai de transposition. Il est possible d'imposer aux Etats-membres de respecter la directive « en voie de transposition » alors que le délai pour le faire n'est pas encore écoulé. C'est dans ce souci de prévention que la Cour a rendu une solution critiquée le 18 décembre 1997⁸¹⁸, à l'occasion de laquelle elle avait décidé que : « Les articles 5, deuxième alinéa, et 189, troisième alinéa, du traité ainsi que la directive 91/156, modifiant la directive 75/442 relative aux déchets, imposent que, pendant le délai de transposition fixé par la directive pour la mettre en œuvre, l'État membre destinataire de celle-ci s'abstienne de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation, à l'expiration dudit délai, du résultat prescrit par la directive. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si tel est le cas des dispositions nationales dont elle est chargée d'examiner la légalité ». Pour éviter que la transposition ne soit mise en difficulté à l'expiration du délai

⁸¹⁸ CJCE, 18 décembre 1997, aff. C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL contre Région wallonne*.

dans lequel elle est prescrite, la Cour attend des Etats-membres qu'ils anticipent cette dernière en contrôlant les normes proposées pendant ce délai, et en refusant l'adoption de celles qui viendraient en contradiction avec l'objectif de la directive en voie de transposition.

355. La directive non-transposée. – De plus, il apparaît que même lorsque la directive n'a pas été transposée en droit interne à l'expiration du délai, ou encore qu'elle ne l'a pas été correctement, elle peut toutefois trouver à s'appliquer par le biais de « l'invocabilité » par les justiciables, lorsqu'elle répond aux exigences de clarté et d'inconditionnalité requises pour procéder à sa transposition⁸¹⁹.

Cette « invocabilité » (présente aussi avant l'expiration du délai de transposition comme nous l'avons vu plus haut sous la forme d'une « invocabilité de prévention ») n'est que la conséquence de l'effet obligatoire de la directive, qui se distingue aussi de l'exigence de transposition de cette dernière, permettant aux justiciables de s'en prévaloir même en l'absence de transposition. Elle apparaît comme le moyen permettant de sanctionner l'Etat qui aurait « oublié » de transposer la directive, et dont la responsabilité serait tout de même engagée sur ce fondement. L'Etat, en ne se conformant pas aux exigences posées par le droit européen par le biais de la transposition des directives, s'exposerait dans tous les cas à devoir le faire sous la contrainte, à l'occasion d'un litige dans lequel une directive précise et inconditionnelle aurait vocation à s'appliquer, et qui viendrait, à la demande du justiciable, évincer le droit interne qui lui serait contraire⁸²⁰.

L'invocabilité de la directive, qui accompagne la transposition en droit interne, devient autonome, puisqu'elle existe même en l'absence de cette dernière, même si la transposition de la directive permet effectivement et officiellement de respecter le principe voulant que le droit européen s'impose aux Etats-membres. De cette manière, la Cour de justice reconnaît un effet juridique très étendu, voire, un certain effet direct « d'exception » aux directives.

⁸¹⁹ CJCE, 26 février 1986, aff. C-152/84, *Marshall/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, précité : « Dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, *inconditionnelles et suffisamment précises*, les particuliers sont fondés à les invoquer à l'encontre de l'Etat, soit lorsque celui-ci s'abstient de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en fait une transposition incorrecte ».

⁸²⁰ CJCE, 22 juin 1989, aff. C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA contre Comune di Milano* : « [...] Il serait par ailleurs contradictoire de juger que les particuliers sont fondés à invoquer les dispositions d'une directive remplissant les conditions dégagées ci-dessus, devant les juridictions nationales, en vue de faire censurer l'administration, et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive en écartant celles du droit national qui n'y sont pas conformes [...] ».

2° L'effet direct « d'exception » de la directive en droit interne

Pour comprendre comment la Cour de justice s'empare de la notion de l'effet direct (b) pour la rattacher aux directives, une précision terminologique (a) s'impose.

a) Précision terminologique

356. L'effet direct et l'effet immédiat. – L'effet direct se distingue de l'effet immédiat du droit européen (ou encore « applicabilité immédiate », « immédiateté », ou « applicabilité directe »⁸²¹), qui implique que la norme « [...] s'applique immédiatement dans l'ordre juridique interne sans qu'il soit besoin d'une mesure interne d'intégration ou d'incorporation »⁸²². Les directives n'ont pas cet effet « immédiat ». Suivant cet effet direct, consacré par la jurisprudence européenne *via* celui de la primauté du droit de l'Union en droit interne⁸²³, les Etats sont tenus de reconnaître les normes issues du droit européen dans leur ordre juridique interne, qu'ils soient organisés selon un système « dualiste » (qui distingue le droit externe de celui interne en deux ordres juridiques distincts) ou « moniste » (qui est le système adopté par la France et qui rassemble dans un ordre juridique unique le droit interne et externe).

L'effet direct, pouvant être considéré comme le corollaire de l'effet immédiat, se définit, lui, comme « celui qui s'opère de lui-même sans condition préalable »⁸²⁴, ou plus précisément, comme l'effet « reconnu à celles des normes [européennes] qui créent des droits dans le chef des particuliers et s'imposent à leurs juridictions »⁸²⁵.

⁸²¹ Selon des expressions reprises par H. CHAVRIER, dans *Droit de l'Union et des Communautés européennes et contentieux administratif*, Ré. Cont. Adm. Dalloz, mars 2005, *précité*.

⁸²² R. GHÉVONTIAN, *Droit communautaire*, 3^e éd., Dalloz Aide-mémoire, 2006, p. 115.

⁸²³ CJCE, 15 juillet 1964, aff. C-6/64, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.* : « A la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridiction ; [...] Cette intégration, au droit de chaque pays membre, de dispositions qui proviennent de sources communautaires et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable, le droit né du traité issu d'une source autonome ne pouvant, en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même ».

⁸²⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 385.

⁸²⁵ *Ibid* (la définition a encore une fois été adaptée à la réforme du traité de Lisbonne).

Consacrée par la Cour de justice⁸²⁶, cette caractéristique du droit européen, pour le moins essentielle au droit de la consommation comme nous allons le voir, n'est normalement pas reconnu aux directives. Pourtant, la Cour de justice nuance ce principe.

b) La Cour de justice et l'effet direct

357. Uniformité de régime. – Sans être spécifiquement prévu par les textes⁸²⁷, la Cour avait décidé que la particularité du droit communautaire devait justifier qu'il bénéficie du même régime que le droit international, lui permettant alors de produire des effets directs entre les particuliers. En d'autres termes, les juges nationaux peuvent parfaitement être saisis par des particuliers lors de litiges portant sur la méconnaissance d'un droit ou d'une obligation prescrite par une directive. Or, l'intérêt d'évoquer les caractéristiques de la directive réside justement sur ce point : elle présente l'intérêt d'être mise en jeu à l'occasion de litiges du droit de la consommation (par exemple : la méconnaissance de la directive de 1993 relative aux clauses abusives lors d'un conflit entre un consommateur et un professionnel).

Si la directive a incontestablement un effet obligatoire, cet effet renvoi à une forme d'effet direct « d'exception » dégagée par la Cour de justice et soumise aux conditions de transposition, clarté et inconditionnalité qui encadrent l'invocabilité de la directive.

358. Le juge national de l'effet direct. – Lorsque la directive a bien été transposée et que le juge national est saisi d'un litige entrant dans le champ d'application de cette dernière et donc de la loi de transposition, c'est lui qui est alors chargé d'assurer la mise en application du droit européen. En effet, en appliquant la loi de transposition tout en s'efforçant de respecter la lettre et l'esprit de la directive à son origine, il prend en charge de garantir « l'effet utile » de cette dernière, en évacuant, au besoin, toute norme interne qui viendrait en contradiction. Ce faisant, il procède alors d'une « forme » d'effet direct de la directive. Cette exclusion du droit interne au profit du droit de l'Union, résultat de sa primauté sur le droit

⁸²⁶ CJCE, 5 février 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos* : « [...] Que partant, le droit communautaire indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique [...] ».

⁸²⁷ H. CHAVRIER, « Droit de l'Union et des Communautés européennes et contentieux administratif », *Répertoire Dalloz de Contentieux Administratif*, mars 2005, précité : « L'applicabilité directe du droit communautaire se déduit notamment de l'ancien article 189 (devenu art. 249) du traité CE ».

CHAPITRE I – Le relevé d’office consacré par la jurisprudence communautaire

national⁸²⁸, permet de ne pas le laisser mettre en échec les objectifs poursuivis au niveau européen (et qui sont, pour le développement qui nous intéresse, la protection des consommateurs).

On parle alors, à défaut d’« effet direct » et de transposition de la directive, d’interprétation de cette dernière, qui s’impose encore aux juges nationaux visés eux aussi par l’obligation de résultat imposée par le droit européen aux Etats-membres. La Cour de justice estime que l’« effet utile » du droit européen de la consommation ne peut être préservé que par un respect des directives venues enrichir et préciser le droit de la consommation au niveau national. Un respect que la Cour assurera elle-même auprès des juges nationaux par une interprétation, devenue absolument nécessaire, de ces dernières.

3° « L’effet utile » « de principe » de la directive

Avant de répondre à la question du relevé d’office du juge, la Cour de justice a d’abord rappelé la valeur et l’impact des directives en droit interne et notamment ceux relatifs aux clauses abusives applicable aux litiges du droit de la consommation par le biais de la notion d’effet utile. Une définition de cette notion (a) permettra de comprendre sa mise en jeu (b).

a) Définition de la notion de l’effet utile

359. L’effet utile et la primauté du droit européen. – « L’effet utile » est le « principe d’interprétation d’un acte juridique visant à donner un sens et un effet aux dispositions de celui-ci qui ne les rendent pas inutiles, c’est-à-dire sans véritable application. Utilisé de manière extensive par la Cour de justice pour affermir l’existence d’un ordre juridique propre et l’autorité du droit communautaire »⁸²⁹, le but premier d’une norme n’est pas qu’elle soit simplement énoncée, mais bien qu’elle trouve à s’appliquer de manière concrète. L’utilité de la directive dépend donc de sa mise en pratique, et toute norme qui viendrait paralyser cette mise en pratique doit donc être écartée⁸³⁰. En ce sens, la procédure en vigueur dans l’Etat-

⁸²⁸ Pour un développement de cette question : P. PESCATORE, *L’ordre juridique des Communautés européennes*, PUL, 2^e éd., 1973, p.227 : évoquant la primauté du droit *communautaire* comme d’une « condition existentielle ».

⁸²⁹ G. SERGE et M. GABRIEL, *Lexique des termes juridiques*, 16^e éd., Dalloz, 2007, p. 268.

⁸³⁰ CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Administration des finances de l’État contre Société anonyme Simmenthal* : « le juge national, chargé d’appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit

membre ne doit pas empêcher la directive de produire ses effets (soit, d'accorder des droits aux justiciables), sous peine de contrarier « l'effet utile » de cette dernière⁸³¹.

b) Mise en jeu de la notion

360. L'effet utile ou l'effet « juridique ». – L'« effet utile », étroitement lié à l'exigence de transposition de la directive, lui permet d'avoir un effet juridique. La production par la directive de droits et d'obligations perdrait tout son intérêt si les particuliers ne pouvaient pas s'en prévaloir. « Pas d'effet juridique sans effet utile », « l'effet utile » étant le garant de l'effet juridique en lui assurant les moyens de sa mise en œuvre. Celle-ci passe précisément par le recours juridictionnel.

361. En effet, l'arrêt « Van Duyn » rendu par la Cour le 4 décembre 1974⁸³² reconnaît la notion d'« effet utile », en ces termes : « [...] dans le cas où les autorités communautaires auraient, par directive, obligé les Etats-membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire. L'article 177 qui permet aux juridictions nationales de saisir la Cour de la validité et de l'interprétation de tous les actes des institutions, sans distinction, implique que ces actes soient susceptibles d'être invoqués par les justiciables devant lesdites juridictions ». La Cour a fait ici une interprétation de l'ancien article 177 (devenu l'article 234 TCE puis 267 TFUE) qui, ouvrant la possibilité pour les juges nationaux de se tourner vers le juge européen pour l'application d'un acte, implique selon elle que les justiciables aient auparavant soumis cet acte à l'appréciation du juge national à l'occasion d'un litige.

A l'occasion de plusieurs décisions, notamment celles du 17 juin 1999⁸³³, du 8 mars 2001⁸³⁴ puis du 7 mai 2002⁸³⁵, il est dit que les États-membres doivent tout mettre en œuvre pour assurer « l'effet utile » des dispositions mises en œuvre par la directive, c'est-à-dire faire

communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

⁸³¹ CJCE, 16 mai 2000, aff. C-78/98, *Shirley Preston e.a. et Wolverhampton Healthcare NHS Trust e.a. et Dorothy Fletcher e.a. et Midland Bank plc*.

⁸³² CJCE, 4 décembre 1974, aff. C-41/74, *Yvonne Van Duyn c/ Home office*.

⁸³³ CJCE, 17 juin 1999, aff. C-336/97, *Commission des Communautés Européennes contre République Italienne*.

⁸³⁴ CJCE, 8 mars 2001, aff. C-266/99, *Commission des Communautés Européennes contre France*.

⁸³⁵ CJCE, 7 mai 2002, aff. C-478/99, *Commission des Communautés Européennes contre Suède*, précité.

en sorte que le droit national soit à même de répondre et de se conformer aux exigences posées par la directive en question.

362. Portée de l’effet utile. – En d’autres termes, le principe de « l’effet utile » est le corollaire de la jurisprudence européenne, soit de l’interprétation du droit européen par la Cour de justice, véritable gardienne de l’applicabilité des directives. C’est elle qui, à travers ses décisions, apporte un éclairage sur les objectifs poursuivis par l’Union européenne et plus précisément sur l’esprit du législateur au sein des directives. Avec l’importance du nombre d’Etats-membres et en conséquence, des disparités juridiques, l’effectivité du droit de la consommation est menacée. L’effectivité du droit européen, soit le « caractère d’une règle de droit qui produit l’effet voulu, qui est appliquée réellement »⁸³⁶, ne peut être atteinte que si la Cour en précise le sens et la portée.

La directive doit être respectée par les juges lorsqu’ils appliquent le droit national. Cette interprétation de la directive sert aussi cet « effet utile ». Le juge national, tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit, doit prendre en compte la complexité du droit européen ; elles doivent faire l’objet, selon la Cour de justice, d’une interprétation fidèle à l’esprit de la directive. Le juge national s’apparente à un « juge du droit de l’Union » car c’est bien lui qui devra faire une application des règles issues du droit européen dans le contentieux interne ; la Cour de justice n’intervient que ponctuellement pour interpréter les directives sans jamais trancher le contentieux dont le juge est saisi.

II. L’interprétation de la directive

L’interprétation de la directive est un moyen efficace pour lui assurer un effet utile au sein du droit interne. Si la directive a parfois pour caractéristique d’avoir un certain « effet direct », il est surtout essentiel de lui assurer cet « effet utile » dont le juge se fera le médiateur, et qui nous permettra ensuite de pouvoir évoquer plus largement celui du droit européen de la consommation. C’est le juge national qui est le premier concerné par l’applicabilité de la directive par le biais de sa loi de transposition, et qui participe de « l’effet utile » de la directive à travers la théorie de l’« interprétation conforme » (A). Mais c’est surtout la Cour de justice qui lui permettra, en cas de doute, d’en préciser la portée par le biais de la question préjudicielle (B).

⁸³⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 384.

A. La théorie de l'« interprétation conforme »

Une première définition de la notion d'« interprétation conforme » (1) sera utile pour mesure sa portée, notamment en droit des clauses abusives (2). Cette notion présente la particularité de s'entourer d'une garantie pour assurer son respect par les juges (3).

1° La définition de la notion de l'« interprétation conforme »

363. Le « contenu » et « l'esprit » du droit communautaire. – La théorie de « l'interprétation conforme au droit *communautaire* » issue de l'arrêt de la Cour du 10 avril 1984⁸³⁷ : le droit national doit être appliqué par le juge de manière à respecter le droit issu des directives. La Cour attend du juge national qu'il s'inspire à la fois du contenu et de l'esprit du droit *communautaire* lorsqu'il tranche le litige, tout en prenant en compte l'interprétation qui en est donnée par elle⁸³⁸ (et ce, au point de remettre en cause le principe d'interdiction de l'effet direct horizontal aux directives⁸³⁹).

364. Arrêt « Von Colson ». – En ce sens, la Cour de justice a conclu à l'occasion de cet arrêt que : « l'obligation des Etats membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir [...] de prendre toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des Etats-membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter une directive, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la

⁸³⁷ CJCE, 10 avril 1984, aff. C-14/83, *Sabine Von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen*.

⁸³⁸ G. POISSONNIER et J.-Ph. TRICOIT, « La CJCE consacre le relevé d'office en droit de la consommation », note sous CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion*, *Gaz. Pal.* 13 décembre 2007, n° 347, p. 11, *précité* : « Plus généralement, depuis plusieurs années, la Cour suprême française donne l'impression d'être souvent en retrait par rapport à l'interprétation des textes du Code de la consommation proposée par les tribunaux d'instance et la CJCE. Il est souhaitable qu'elle retrouve sa capacité créatrice en revisitant sa jurisprudence en droit de la consommation dans un sens vraiment favorable au consommateur, conformément à la lettre des directives consuméristes et également à leur esprit. Pour ce faire, il suffirait que la Cour de cassation mette en oeuvre le principe de « l'interprétation conforme au droit *communautaire* du droit national » - principe qui veut que le juge national est tenu d'interpréter son droit, dans la mesure du possible, " à la lumière du texte et de la finalité de la directive " ».

⁸³⁹ M. LUBY, « TROP NE VAUT RIEN ! (Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives) », *JCP CCC*, janvier 2004, 1, p. 7.

directive pour atteindre le résultat visé [...] ». Ces exigences énoncées en 1984 sont évidemment toujours les mêmes depuis le traité de Lisbonne.

En l’espèce, il s’agissait pour le juge national de faire une application conforme de la directive 76/207 relative à la discrimination dans l’accès à l’emploi, qui avait imposé de sanctionner la violation de cette dernière par l’octroi d’une indemnité dont le montant n’était pourtant pas précisé par la directive. La Cour exige du juge, dont le pouvoir souverain accordé par son droit national lui permet de participer à la réalisation de l’objectif de la directive, qu’il prononce une sanction à la hauteur du résultat attendu par cette dernière : « Il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l’application de la directive, dans toute la mesure où une marge d’appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit *communautaire* ».

La Cour, dans un arrêt du 13 novembre 1990⁸⁴⁰, rendra un arrêt dans le même sens, élargissant la solution aux « dispositions antérieures » et « postérieures à la directive ».

2° La portée de la théorie de l’« interprétation conforme » en droit des clauses abusives

365. Relevé d’office du juge et « interprétation conforme ». – La controverse portant sur l’office du juge fait à nouveau son apparition : le juge est confronté aux mêmes difficultés et notamment à celles relatives à son pouvoir de relever d’office les dispositions issues de la loi de transposition et donc de la directive. La difficulté ne sera alors pas (seulement) de savoir si la solution réside dans l’interprétation et l’application des règles de droit interne, mais (aussi) de savoir quel était l’objectif poursuivi par la directive ayant donné naissance à la règle de droit applicable. Il reviendra évidemment à la Cour de justice de répondre à cette interrogation. L’occasion sera saisie par la Cour, qui, par une interprétation des directives, jouera le rôle d’arbitre dans le litige qui avait opposé les deux ordres de juridiction.

⁸⁴⁰ CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*. : « L’ obligation des États membres, découlant d’ une directive, d’ atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l’ article 5 du traité, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’ exécution de cette obligation s’ imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s’ ensuit qu’ en appliquant le droit national, qu’ il s’ agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l’ interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l’ article 189, troisième alinéa, du traité ».

366. « Prévenir, c’est agir » - Dans l’affaire jugée le 24 janvier 2002, l’action, prévue par la directive de 1993 (article 7 § 3), avait fait l’objet d’une transposition et d’une interprétation différente par la République Italienne à l’encontre de laquelle une procédure en manquement avait été engagée. Alors que pour cette dernière, le texte prévoyait seulement d’agir en suppression contre les clauses abusives réellement « utilisées » par les professionnels, la Cour a conclu, à la lecture et à l’esprit du texte, qu’il s’agissait bien plus d’une action préventive, exigeant des Etats-membres une action en suppression des clauses abusives simplement recommandées par les professionnels et/ou leurs associations. Elle considère que la directive cherche avant tout à rétablir une égalité entre les consommateurs et les professionnels et à protéger la partie faible ; pour la Cour, une telle protection ne serait logique et efficace que si elle était exercée antérieurement à la survenance du litige, et non pas seulement à l’occasion de celui-ci.

C’est dans cet objectif qu’elle décide le 24 janvier 2002⁸⁴¹, sur le fondement de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives, que l’action en suppression en justice des clauses abusives doit aussi être exercée à l’encontre de celles dont l’usage est simplement recommandé : « Pour la Commission, l'article 7 de la directive régit l'un des aspects fondamentaux de la protection mise en place par ce texte, à savoir la procédure qui a pour but de " faire cesser " l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Cet objectif commanderait que cette procédure puisse être intentée non seulement contre les professionnels qui utilisent de telles clauses, mais aussi contre les organisations professionnelles ou d'autres professionnels qui en recommandent l'utilisation. Il ne serait pas nécessaire d'attendre que des clauses rédigées en vue d'une utilisation généralisée soient concrètement utilisées dans des contrats individuels ». En d’autres termes, la Cour admet qu’il soit possible d’agir contre les clauses abusives pré-rédigées pour des contrats futurs (points 14 et 15 de l’arrêt), renvoyant à celles des conditions générales de ventes. Une simple « recommandation »⁸⁴² n’a pas moins de valeur aux yeux de la Cour qu’une « utilisation ».

⁸⁴¹ CJCE, 24 janvier 2002, aff. C-372/99, *Commission des Communautés européennes c/ République Italienne*.

⁸⁴² D’autant que la « recommandation » de clauses abusives entre dans le champ d’application de la directive qui la régit en son article 7 § 3 de la directive : « [...] les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires ».

La théorie de l'« interprétation conforme » présente la particularité d'être assortie d'une garantie pour assurer son respect.

3° La garantie du respect du principe de l'« interprétation conforme »

367. La « responsabilité » du juge national. – Au regard de ce qui précède, le juge devra donc appliquer la loi de transposition de la directive de 1993 relative aux clauses abusives au regard des objectifs fixés par elle (et dont nous verrons qu'ils seront précisés par la Cour dès le début des années deux mille). Le juge national est investi d'une lourde responsabilité puisqu'il est garant, autant que le législateur, de son insertion au sein du droit interne. En effet, si ce n'est pas la transposition de la directive qui peut permettre son invocabilité par les justiciables c'est son interprétation par le juge, qui s'y substituera. Si le juge ne parvient pas non plus à satisfaire à cette exigence, il pourra être reproché à l'Etat-membre de n'avoir pas transposé efficacement la directive, alors que ce reproche n'aurait pas eu lieu d'être en cas d'interprétation conforme par le juge national.

368. Illustration. – Un arrêt rendu par la Cour le 19 novembre 1991⁸⁴³ avait, en ce sens, engagé la responsabilité d'États membres défaillants, leur enjoignant de réparer les « dommages » causés : « [...] le principe de la responsabilité de l'État, pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, est inhérent au système du traité ». Cet arrêt ajoute que c'est « la pleine efficacité des normes communautaires [qui] serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent [qui] serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre ». Par une interprétation du Traité, la Cour en a déduit que cette réparation participait des mesures prescrites pour assurer l'exécution du droit *communautaire*.

Cependant, la lettre de la directive ne permet pas toujours aux juges de trouver une réponse satisfaisante pour trancher le litige qui leur est soumis. La Cour de justice se fait la « porte-parole » du législateur européen et apporte des éclaircissements, donnant à la directive le sens et la portée voulue par le droit de l'Union. En effet, si les juges internes considèrent que la loi de transposition ne suffit pas pour appliquer la directive au cas d'espèce, il est encore possible de se tourner vers la Cour de justice pour obtenir des précisions. Si la

⁸⁴³ CJCE, 19 novembre 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*.

transposition de la directive relative aux clauses abusives est le pendant de la protection des consommateurs au niveau interne, l'interprétation de cette dernière est rendue nécessaire par la multiplicité et la complexité des droits internes.

B. La question préjudicielle

369. L'interprète. – La Cour de justice doit être perçue comme étant l'interprète des directives. En répondant ponctuellement aux doutes des juges internes dans l'interprétation du droit européen de la consommation elle en est la porte-parole et la référence dans ce domaine : chaque précision apportée s'applique aux autres Etats-membres qui seraient placés dans des situations similaires à celle ayant donné lieu à la question préjudicielle.

Il est convenu que « si le juge, compétent pour appliquer un droit l'est naturellement pour l'interpréter (d'autant que les deux opérations sont en définitive difficilement séparables) il n'en reste pas moins que l'interprétation du droit communautaire ne peut pas être abandonnée à la multitude de juges nationaux appelés à en connaître »⁸⁴⁴.

La technique de la question préjudicielle est le moyen pour la Cour de justice d'interpréter les directives (1). Procédé utile pour le développement de cette étude, elle mérite d'être expliquée, tant sur le fond que sur la forme, puisqu'elle bénéficie d'une procédure particulière (2).

1° Le moyen de l'interprétation du droit européen

370. L'article 267 TFUE (ex-article 234 TCE⁸⁴⁵). – Cet article prévoit que : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

- a) sur l'interprétation des traités,
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

⁸⁴⁴ J. BOULOUIS, M. DARMON et J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2^e éd., Précis Dalloz, 2001, p. 11.

⁸⁴⁵ Pour une application de l'ancien article 177 TCEE (devenu l'article 234 TCE puis 267 TFUE) : CJCE, 4 décembre 1974, aff. C-41/74, *Yvonne Van Duyn c/ Home office*, précité. Pour une illustration de la mise en jeu de l'ancien article 234 TCE par le Tribunal d'instance de Vienne en matière de crédit à la consommation : CJCE, 4 mars 2004, aff. C-264/02, *Cofinoga Mérignac SA contre Sylvain Sachithanathan* : « La directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, telle que modifiée par la directive 90/88/CEE du Conseil, du 22 février 1990, n'impose pas que, préalablement à chaque renouvellement, à des conditions inchangées, d'un contrat de crédit d'une durée déterminée, [...] le prêteur soit obligé d'informer par écrit l'emprunteur du taux annuel effectif global en vigueur [...] ».

Lorsqu’une telle question est soulevée devant une juridiction d’un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu’une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu’une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

Véritable instrument de « coopération »⁸⁴⁶, le droit européen ouvre une communication directe, par cette voie, entre les États-membres et la Cour de justice pour une meilleure application des directives.

371. Une question « facultative ». – Toutefois, les juges du premier degré ne sont pas dans l’obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice pour l’interprétation des directives⁸⁴⁷ ; un tel refus n’affecte pas le mécanisme prévu par l’article 267 TFUE⁸⁴⁸. En effet, ils peuvent ne pas le faire lorsqu’ils tranchent le litige au fond, refusant de poser la question à la Cour tout en renvoyant le litige pour un examen sur le fond⁸⁴⁹. Le justiciable devra ensuite, s’il souhaite que la Cour de justice apporte son éclairage sur l’application d’une directive au litige, former un appel en ce sens pour pouvoir la solliciter. Il s’agit non pas d’un

⁸⁴⁶ CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. contre Ferenc Schneider*, point n° 37 : « Afin de répondre auxdites questions, il convient de rappeler que la procédure instaurée à l’article 267 TFUE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d’interprétation du droit de l’Union qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu’elles sont appelées à trancher. » ; voir aussi, sous l’ancien article 177 TCEE : CJCE 8 novembre 1990, aff. C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, point 18 : « La procédure prévue à l’article 177 du traité est, dès lors, un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d’interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu’elles sont appelées à trancher ».

⁸⁴⁷ CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. contre Ferenc Schneider*, précité, point 28 : « Afin de répondre à la question posée, il convient de souligner que le système instauré à l’article 267 TFUE en vue d’assurer l’unité de l’interprétation du droit de l’Union dans les États membres institue une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales par une procédure étrangère à toute initiative des parties ». (Voir aussi : CJCE 10 juillet 1997, aff. C-261/95, *Palmisani*, point 31, CJCE 12 février 2008, aff. C-2/06, *Kempter*, point 41, et CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-120/06, *Cartesio*) ; point n° 29 : « En effet, le renvoi préjudiciel repose sur un dialogue de juge à juge, dont le déclenchement dépend entièrement de l’appréciation que fait la juridiction nationale de la pertinence et de la nécessité dudit renvoi ».

⁸⁴⁸ L. CLÉMENT-WITZ, « Application du droit de l’Union européenne par la Cour de cassation. - (octobre 2012 - mars 2013) », *Europe*, juillet 2013, n° 7, chron. 1.

⁸⁴⁹ Concernant la nature de ce refus de poser une question préjudicielle à la Cour, la Cour de cassation considère qu’il s’agit d’une exception de procédure ne mettant pas fin à l’instance (Soc. 27 février 2013, n° 11-26.864, Bull. civ. 2013, V, n° 56).

appel de la décision de refus des juges du fond, mais un appel exposant les raisons qui pourraient justifier qu’une question préjudicielle puisse être posée à la Cour de justice⁸⁵⁰.

Parfaitement réglementé, le droit pour les juges internes des Etats-membres de poser une question préjudicielle à la Cour est organisé suivant une procédure particulière.

2° La procédure relative à la question préjudicielle

Avant d’apporter une réponse à la question posée par le juge (b), la Cour procède d’abord à une analyse préalable de cette dernière (a).

a) L’examen de la question

372. La condition de « pertinence ». – Pour que la Cour de justice réponde à la question préjudicielle posée, il est nécessaire que l’interprétation de la directive soit utile au juge pour trancher le litige à l’occasion et à partir duquel il a formulé sa question. Elle doit avoir un lien étroit avec le litige au principal⁸⁵¹. La question préjudicielle bénéficie à cet égard d’une présomption de pertinence⁸⁵². A défaut de pertinence, ou d’éléments suffisants, la question est rejetée : « Le refus de statuer sur une question préjudicielle posée par une juridiction nationale n’est possible que lorsqu’il apparaît de manière manifeste que l’interprétation du droit communautaire sollicitée n’a aucun rapport avec la réalité ou l’objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées »⁸⁵³.

A l’inverse, si la question est pertinente, la Cour de justice y apporte une réponse.

⁸⁵⁰ L. CLEMENT-WITZ, « Application du droit de l’Union européenne par la Cour de cassation (octobre 2012-mars 2013) », *Europe*, juillet 2013, n° 7, chron. 1, *précité*.

⁸⁵¹ CJCE, 22 juin 2000, aff. C-318/98, *Fornasar e.a.*, point n° 27 ; CJCE, 10 mai 2001, aff. C-223/99 et C-260/99, *Agorà et Excelsior*, points n°s 18 et 20.

⁸⁵² CJCE, 15 mai 2003, aff. C-300/01, *Salzmann*, points n°s 29 et 31 ; CJCE, 5 décembre 2006, aff. C-94/04 et C-202/04, *Cipolla e.a.*, point n° 25 : « [...] il convient de rappeler que les questions relatives à l’interprétation du droit communautaire posées par le juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu’il définit sous sa responsabilité, et dont il n’appartient pas à la Cour de vérifier l’exactitude, bénéficient d’une présomption de pertinence ».

⁸⁵³ CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Bosman*, point n° 61 ; CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-36/99, *Idéal tourisme*, point 20 ; CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-322/98, *Kachelmann*, point 17 ; CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, *PreussenElektra*, point n° 39 ; CJCE, 15 juin 2006, aff. C-466/04, *Acereda Herrera*.

b) La réponse à la question préjudicielle

373. La reformulation de la question. – Si les éléments et la pertinence de la question posée permettent à la Cour d'y répondre, elle procède à une reformulation de la question : « Toutefois, dès lors qu'il appartient à la Cour, dans le cadre du système de coopération institué à l'article 234 CE, de donner au juge national une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi, il lui incombe, le cas échéant, de reformuler les questions qui lui sont soumises »⁸⁵⁴. Cette reformulation lui permet de préciser la pensée du juge national, et de la rendre compréhensible pour les autres juges nationaux susceptibles de rencontrer la même difficulté.

374. L'intérêt de la réponse. – Si l'issue du litige dépend de la réponse de la Cour de justice⁸⁵⁵, c'est une réponse qui intéresse aussi l'ensemble des Etats-membres pour le passé et l'avenir : « une décision préjudicielle, valable *ex tunc*, sauf limitation explicite par la Cour, produit effet au-delà des juges saisis du litige principal, à l'égard des parties à d'autres litiges, devant n'importe quelle juridiction de l'Union européenne »⁸⁵⁶. Dans une autre mesure, c'est aussi toute la jurisprudence interne qui est concernée.

A titre d'illustration, à l'occasion d'un litige portant sur une clause attributive de compétence dont le caractère abusif avait été invoqué par l'une des parties sur le fondement du Code civil italien, le juge avait été amené à surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Il s'agissait pour le juge, de savoir si la directive de 1993, transposée par le biais des dispositions du Code civil italien pouvait être appliquée au litige qui lui était soumis car il opposait deux sociétés à une autre. Le 22 novembre 2001⁸⁵⁷, la Cour avait répondu que les parties ne pouvaient pas bénéficier des dispositions issues de la directive de protection contre les clauses abusives, en des termes clairs : « La notion de " consommateur ", telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive 93/13/CEE du

⁸⁵⁴ CJCE, 28 novembre 2000, aff. C-88/99, *Roquette Frères*, point 18 ; CJCE, 20 mai 2003, aff. C-469/00, *Ravil*, point 27 ; CJCE, 4 mai 2006, aff. C-286/05, *Reinhold Haug*, point 17.

⁸⁵⁵ F. BRAUD, « Le droit communautaire et le juge de l'ordre judiciaire français », in *Le pouvoir Judiciaire Communautaire*, sous la dir. de J.-L. CLERGERIE, actes du colloque du 16 octobre 1998 de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges, Presses Universitaires de Limoges, janvier 2000 : « Le juge qui a sollicité la Cour de justice des Communautés européennes est tenu d'appliquer au litige l'interprétation donnée par celle-ci » (cet exposé du droit sous l'empire de celui dit « communautaire » est toujours valable aujourd'hui, sous celui « européen »).

⁸⁵⁶ M. LUBY, « TROP NE VAUT RIEN! (Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives) », *JCP CCC* janvier 2004, 1, p. 8, *précité*.

⁸⁵⁷ CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99, *Cape Snc c/ Idéalservice*, *précité* ; *JCP G* 20 mars 2002, vol. II n° 12, 10047, note G. PAISANT.

Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ». Les parties aux litiges ne pouvaient pas bénéficier de la protection accordée par le droit des clauses abusives ; le juge n'était pas tenu de s'y référer pour trancher le litige. La solution du litige et les prétentions des parties en étaient directement affectées.

Cette solution démontre à quel point la possibilité de poser une question à la Cour est essentielle ; c'est elle qui invitera les Etats-membres à faire une interprétation des directives dans le sens qui a voulu leur être accordé par le législateur si une simple lecture ne le permet pas⁸⁵⁸.

375. Une réponse « limitée ». – Dans le même temps la Cour de justice a conscience des spécificités de chaque Etat-membre et des limites de ses propres compétences. En ce sens, elle considère qu'elle ne peut elle-même directement se prononcer sur le caractère abusif de la clause litigieuse lorsqu'une affaire lui est soumise par le biais d'une question préjudicielle ; elle ne fait qu'interpréter la directive de 1993 et non pas le droit national transposé ; il appartient aux juges nationaux de trancher le litige qui leur est soumis en conformité avec l'interprétation donnée par la Cour de justice⁸⁵⁹. C'est en cela que la jurisprudence européenne et donc les arrêts de la Cour de justice, auront autant d'importance que les règles édictées par le législateur pour leur application. Ce dernier ne peut pas, au moment où il édicte la directive, prendre en compte la complexité de l'ordre juridique de chaque Etat membre.

Le travail de la Cour de justice sera donc d'adapter la directive à chacun d'eux, dans le respect de l'esprit du législateur, fidèle à la théorie de « l'interprétation conforme » et au degré d'harmonisation souhaité par ce dernier.

⁸⁵⁸ Une remarque devant pourtant être faite concernant la clarté de la disposition en l'espèce, qui, si elle semble ne pas devoir poser de difficulté, se heurte pourtant parfois à la complexité des cas d'espèces : si la directive prévoit que le consommateur est défini comme « toute personne physique », les parties en litige, qui n'étaient effectivement pas des personnes physiques, auraient pu être des consommatrices, l'une des parties en cause ayant acheté chez l'autre des machines de distribution automatique de boissons.

⁸⁵⁹ CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, point n°48 : « À cet égard, il importe de rappeler qu'il appartient, en définitive, non pas à la Cour, mais au juge national de déterminer, dans chaque cas concret, [si la clause standardisée satisfait aux exigences de bonne foi, d'équilibre et de transparence posées par lesdites directives]. En effet, la compétence de la Cour porte sur l'interprétation des dispositions de ces directives, ainsi que sur les critères que le juge national peut ou doit appliquer lors de l'examen d'une clause contractuelle au regard de celles-ci, étant entendu qu'il appartient audit juge de se prononcer, en tenant compte desdits critères, sur la qualification concrète d'une clause contractuelle particulière en fonction des circonstances propres au cas d'espèce ».

§2. Les conditions du droit européen de la consommation

Les conditions qu'impose le droit européen aux Etats-membres pour assurer son application sont à la fois issues du degré d'harmonisation (I) et de la notion d'autonomie procédurale (II). Entre exigence d'harmonisation commandée par le législateur et mise en jeu de la notion d'autonomie procédurale, la balance sera sensible.

I. La condition issue du degré d'harmonisation

Le degré d'harmonisation choisi par le législateur est le carcan dans lequel les Etats-membre devront légiférer pour intégrer dans leur droit interne la directive édictée. La notion d'« harmonisation » des directives (A) emporte donc des effets réels pour les droits internes ; quelques illustrations de la notion (B) permettent de le constater.

A. La notion d'« harmonisation » des directives

376. Les directives ont une spécificité : elles sont « [...] considérées comme étant l'acte juridique par excellence de l'harmonisation des législations nationales [...] »⁸⁶⁰. En effet, les directives, en édictant les dispositions devant être transposées en droit interne, s'attachent aussi à préciser suivant quel niveau d'harmonisation cette transposition devra être effectuée. La directive s'adresse à tous les Etats-membres et donc à une pluralité de systèmes juridiques différents. Elle s'expose au risque d'être transposée de manière extrêmement disparate, créant de trop grandes dissemblances pour les justiciables qui, pour parler de la directive de 1993, bénéficieront d'une protection plus ou moins grande selon le droit applicable au litige. Le mécanisme de l'harmonisation des directives a donc pour vocation de garantir une uniformité entre les législations des Etats-membres.

377. Le degré d'harmonisation. – Défini parfois comme « un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques »⁸⁶¹, le niveau d'harmonisation des directives est variable puisqu'il peut être minimal ou maximal :

- Il est maximal lorsqu'il n'est laissé aucune marge de manœuvre pour les Etats-membres qui doivent intégrer la directive dans leur droit interne sans pouvoir aller

⁸⁶⁰ F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *D.* août 2006.

⁸⁶¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 503.

au-delà ni en-deçà des objectifs posés. Il est exigé des Etats qu’ils les respectent au maximum pour que l’harmonisation entre les différents ordres juridiques soit « parfaite »⁸⁶².

- Il est minimal lorsqu’il est laissé une grande liberté aux Etats pour transposer la directive dans leur droit interne ; l’harmonisation est minimale parce qu’elle est faite au minimum. Dans ce cas-là une disparité entre les différents ordres juridiques est tolérée.

378. La directive de 1993. – Des dispositions du TFUE prévoient le degré d’harmonisation souhaité pour certains domaines en particulier. Les articles 153, paragraphe 4⁸⁶³, l’article 169, paragraphe 4⁸⁶⁴, et enfin l’article 193⁸⁶⁵ en sont les illustrations. La directive de 1993 quant à elle, exprime son degré d’harmonisation en son 12^e considérant selon ces termes : « Considérant, toutefois, qu’en l’état actuel des législations nationales, seule une harmonisation partielle est envisageable; que, notamment, seules les clauses contractuelles n’ayant pas fait l’objet d’une négociation individuelle font l’objet de la présente directive; qu’il importe de laisser la possibilité aux États-membres, dans le respect du traité, d’assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles de la présente directive ». En permettant aux Etats-membres d’organiser leur droit interne de manière plus rigoureuse quant à l’objectif de protection du consommateur souhaité par la directive, le législateur a voulu que la directive de 1993 s’intègre au sein des ordres juridiques des Etats-membres selon un degré minimal d’harmonisation.

379. Les « défauts » d’une harmonisation maximale. – Pourtant, le degré d’harmonisation maximal parfois choisi pour la transposition d’une directive, ne permet pas toujours une protection effective des consommateurs. C’est le cas par exemple de la directive

⁸⁶² Sur ce degré d’harmonisation, v. A. THIERIET-DUQUESNE et T. RIEHM, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l’harmonisation totale », *LPA*, 27 avril 2009 n° 83, p. 9, chron. 23 : « L’harmonisation totale connaît [...] un véritable succès dans le domaine du droit européen des contrats de consommation ».

⁸⁶³ Article 153 § 4 TFUE (ancien article 137 § 5 TCE) : « Les dispositions arrêtées en vertu du présent article [...] ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d’établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités ».

⁸⁶⁴ Article 169 § 4 TFUE (ancien article 153 § 5 TCE) : « Protection des consommateurs » : « Les mesures arrêtées en application du paragraphe 3 ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d’établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission ».

⁸⁶⁵ Article 193 TFUE (ancien article 176 TCE) : « Les mesures de protection arrêtées en vertu de l’article 192 ne font pas obstacle au maintien et à l’établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission ».

du 23 avril 2008 relative aux contrats de crédit aux consommateurs. En ne laissant aucune marge de manœuvre aux Etats-membres, la directive est transposée de telle manière en droit interne qu'elle donne lieu à des pratiques et des situations défavorables aux intérêts des consommateurs⁸⁶⁶. La transposition de la directive procède, pour le professeur G. RAYMOND d'une « [...] perte de garantie pour les consommateurs français [...] »⁸⁶⁷, et d'une « [...] régression de la protection du consommateur »⁸⁶⁸.

B. Des illustrations de la notion d'« harmonisation »

380. Sur la définition de la clause abusive. – Le droit français se distingue du droit européen ; il n'impose pas que la clause litigieuse n'ait pas fait l'objet d'une négociation individuelle⁸⁶⁹ (l'article L.132-1 du Code de la consommation ne s'attarde pas sur ce critère⁸⁷⁰). La directive de 1993 dispose que l'absence de négociation individuelle est un élément décisif ; elle le prévoit spécifiquement à l'article 3, paragraphes 1 et 2). Le droit français procède donc à une harmonisation minimale de la directive, accordant autant d'importance aux clauses négociées qu'à celles ne l'étant pas. En effet, l'article 8 de la directive ajoute que : « Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ». On peut comprendre que le degré d'harmonisation soit ici minimal en ce que le risque pris d'une surprotection du consommateur emporte des conséquences moins graves que le contraire.

⁸⁶⁶ A titre d'exemples : disparition des contrats types, indemnité parfois accordé au professionnel en cas de remboursement anticipé du capital prêté et des intérêts (article L. 311-22, alinéa 3 du Code de la consommation).

⁸⁶⁷ G. RAYMOND, « Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *JCP CCC* octobre 2010, n° 10, étude 11.

⁸⁶⁸ *Ibid* ; en ce sens, v. A. MARTINON, « L'impact du droit européen sur le droit de la consommation. - Brefs regards sur une actualité », *RD ban. fin.*, septembre 2011, n° 5, doss. 26, *précité*.

⁸⁶⁹ M. EBERS, « Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13) », analyse comparative in *Compendium CE de Droit de la consommation*, Bielefeld, 2011, p. 385, *précité*.

⁸⁷⁰ La seule référence au critère de la négociation apparaît à l'article L.132-1 § 4 du Code de la consommation : « Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ».

381. Une interprétation dans le respect du degré d’harmonisation. – Concernant la directive 85/577/CEE⁸⁷¹ prévoyant un degré d’harmonisation minimale, le juge avait décidé, dans un arrêt de la CJCE du 13 décembre 2001⁸⁷², que si le professionnel avait omis d’informer le consommateur de son droit de rétractation dans un délai de sept jours⁸⁷³, ce droit ne commencerait à courir qu’à compter du jour où il l’en aurait informé. Il en résulte que si le professionnel ne le fait pas, le consommateur profite d’un délai de rétractation infini. Ce faisant, le juge a consacré la prévalence de la protection des consommateurs sur l’exigence de sécurité juridique.

Autre exemple, à l’occasion d’un litige relatif à l’utilisation de clauses abusives par un professionnel, la Cour a été amenée à statuer, le 1^{er} octobre 2002⁸⁷⁴, sur la nature de l’action juridictionnelle intentée par une association de consommateurs à l’encontre du professionnel en cause. Il s’agissait de savoir si l’action de l’association, qui n’était pas liée au professionnel par le contrat en cause, pouvait être accueillie, et à quel titre ; la Cour répond que l’action est de nature délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l’article 5, point 3 de la convention de Bruxelles⁸⁷⁵. La Cour a conclu que cette action peut entrer dans le champ d’application de ce texte en tant que « fait dommageable », puisque les associations de consommateurs ont vocation à agir en suppression de clauses en contradiction avec le droit interne en raison de leur caractère abusif : « [...] s’agissant de la protection des consommateurs, elle recouvre non seulement les situations dans lesquelles un particulier a subi un préjudice à titre individuel, mais aussi, notamment, les atteintes à l’ordre juridique résultant de l’utilisation de clauses abusives que des associations telles que le VKI ont pour mission d’empêcher ». L’action du VKI, association de consommateurs, qui avait été engagée alors que les clauses abusives visées par elle n’avaient pas encore créé de préjudice à un

⁸⁷¹ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 « concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux » ; article 8 : « La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres adoptent ou maintiennent des dispositions encore plus favorables en matière de protection des consommateurs dans le domaine couvert par elle ».

⁸⁷² CJCE, 13 décembre 2001, aff. C-481/99, *Georg Heiningering and Helga Heiningering contre Bayerische Hypothek und Vereinsbank AG*. 2) : « La directive 85/577 s’oppose à ce que le législateur national applique un délai d’un an à compter de la conclusion du contrat pour l’exercice du droit de révocation instauré par l’article 5 de cette directive, lorsque le consommateur n’a pas bénéficié de l’information prévue à l’article 4 de ladite directive ».

⁸⁷³ L’entrée en vigueur de la loi « Hamon » n° 2014-344 du 17 mars 2014 « relative à la consommation » a prolongé ce délai à quatorze jours (article 121-20-1 du Code de la consommation : « Le consommateur dispose d’un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l’exception, le cas échéant, des frais de retour [...] »).

⁸⁷⁴ CJCE, 1^{er} octobre 2002, aff. C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation c/ Karl Heinz Henkel* ; D. 2002, 3200, note H. KOBINA GABA.

⁸⁷⁵ Convention de Bruxelles n° 72/454/CEE du 27 septembre 1968, « Concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale ».

consommateur, était valable pour la Cour, qui assure ici aussi une harmonisation minimale de la directive mise en jeu en élargissant la protection des consommateurs aux clauses potentiellement ou prochainement abusives. En qualifiant la nature de l'action exercée par l'association, la Cour reconnaît qu'elle puisse être « préventive » : « [...] une action juridictionnelle préventive, introduite par une association de protection des consommateurs en vue de faire interdire l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats avec des particuliers, est de nature délictuelle ou quasi délictuelle [...] ».

La doctrine regrette que la Cour n'en ait pas profité pour définir la notion d'intérêt collectif (considéré comme faisant désormais partie du « trio » aux côtés de l'intérêt général et individuel⁸⁷⁶), qui pose par ailleurs des « difficultés » lorsqu'est question du lieu où le fait dommageable s'est produit (la doctrine reproche à la Cour d'« oublier » la notion d'intérêt collectif lorsque cette question se pose). Il n'en reste pas moins que la Cour ouvre la porte aux associations de consommateurs dans la lutte contre les clauses abusives⁸⁷⁷.

II. Les conditions issues de la notion d'autonomie procédurale

Une définition de la notion d'autonomie procédurale (A) révèle une certaine liberté de mouvement accordée aux Etats-membres dans l'application et l'intégration du droit européen au sein de leurs ordres juridiques. Cette notion connaît aussi des extrémités (B) qui limitent cette liberté.

A. Définition de la notion

382. Articles 6 et 7 de la directive de 93/13/CEE. – Ces articles prévoient : « [...] dans les conditions fixées par leurs droits nationaux [...] », « [...] des moyens adéquats et

⁸⁷⁶ K. G. HAROLD, « Nature de l'action juridictionnelle en suppression des clauses abusives d'un contrat », *D.* 2002, p. 3200, *précité*.

⁸⁷⁷ Cependant, la Cour justice admet aussi que les Etats-membre puissent interdire à une association de consommateurs d'agir en protection du consommateur dans certaines situations, et notamment d'exercer un recours à l'encontre d'une procédure d'exécution validée par une sentence arbitrale devenue définitive. Une telle interdiction prévue par la législation nationale ne serait alors pas contraire aux objectifs de la directive de 1993 ; CJUE, 27 février 2014, aff. C-470/12, *Pohotovost' s. r. o. contre Miroslav Vašuta* : « La directive 93/13/CEE du Conseil, [...] doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale en application de laquelle n'est pas admise l'intervention d'une association de protection de consommateurs au soutien d'un consommateur considéré dans une procédure d'exécution, diligentée contre ce dernier, d'une sentence arbitrale définitive » ; *JCP E*, 1^{er} mai 2014, n° 18, 1229, note S. MORACCHINI-ZEIDENBERG.

efficaces [...] ». Régulièrement rappelé par la Cour de justice⁸⁷⁸, le principe de l'autonomie procédurale des Etats-membres, est notamment permis, en matière de protection des consommateurs, par le degré minimal d'harmonisation opté par la directive de 1993.

Ce principe signifie qu'en l'absence de réglementation prévue pour définir la procédure qui permettra l'application du droit européen au sein du droit national, il revient aux législateurs nationaux de les mettre en place de manière à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables en retirent⁸⁷⁹ : « Au plan juridictionnel, cette autonomie se traduit par la reconnaissance au profit de l'État, en l'absence d'une réglementation communautaire, d'un principe d'autonomie [...] procédurale »⁸⁸⁰. Autonomie procédurale et harmonisation minimale sont donc deux notions extrêmement liées.

Pour autant, ce sont d'autres conditions qui encadrent l'autonomie procédurale laissée aux Etats-membres dans l'application du droit européen de la consommation.

B. Extrémités de la notion

383. Double « extrémité ». – « L'office de juge national dans l'éradication des clauses abusives s'inscrit dans le principe d'autonomie procédurale des États membres, principe qui connaît deux limites traditionnelles depuis une jurisprudence trentenaire de la Cour de justice [...] : le principe d'équivalence et le principe d'effectivité »⁸⁸¹.

L'autonomie procédurale n'est accordée aux Etats-membres que s'ils respectent cette double condition, que présentent les principes d'équivalence et d'effectivité (1). Pour l'éradication des clauses abusives, les Etats bénéficient donc d'une autonomie dans l'organisation de la procédure interne mise en place pour encadrer la réglementation des litiges relatifs au droit des clauses abusives. La question du relevé d'office du juge, qui est une question de procédure, relève donc de cette autonomie. Pourtant, elle devra se conformer aux principes évoqués si elle veut être conforme aux exigences du droit de l'Union. La portée de ces extrémités en droit de la consommation sera déterminante pour la question du relevé d'office du juge (2).

⁸⁷⁸ CJCE, 19 décembre 1968, aff. 13/68, *Sté Salgoil*; CJCE, 27 février 1980, aff. 68/79, *Just* ; CJCE, 25 novembre 2008, aff. C-455/06, *Heemskerk BV, Firma Schaap c/ Productschap Vee en Vlees* (point n° 46 de l'arrêt et 4^e point de la solution).

⁸⁷⁹ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, Broché, 2008, *précité*, p. 501.

⁸⁸⁰ G. MONTAGNIER et T. DÉBARD, « Droit de l'Union européenne et procédure civile », *Rép. Pr. Civ.*, mars 2014.

⁸⁸¹ C. AUBERT DE VINCELLES, « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », *RTD Eur.* 2013, p. 559.

1° Les principes d’équivalence et d’effectivité

384. Définitions. – En vertu du principe d’équivalence, les Etats-membres ne peuvent pas adopter de mesures moins favorables pour la mise en jeu du droit européen que celles régissant des situations similaires de nature interne. L’exemple le plus édifiant est celui du droit de la prescription qui peut conditionner le droit d’accès au tribunal s’il est appliqué de manière équivalente au droit interne et au droit communautaire⁸⁸². Le principe d’effectivité lui, commande aux Etats-membres de ne pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l’exercice des droits qu’il confère⁸⁸³.

Ces deux principes constituent, ensemble, l’extrémité de la liberté accordée aux Etats-membres. Elles sont essentielles en droit de la consommation car elles conditionnent l’effet utile de la protection accordée par le droit européen.

385. Le principe d’effectivité et le relevé d’office. – Le principe d’effectivité présente un intérêt particulier pour la question du relevé d’office du juge, qui relève justement du domaine procédural : « C’est au nom de ce dernier principe que s’est construite la jurisprudence de la Cour de justice quant à l’office du juge national de manière à assurer l’effectivité des droits issus de l’Union européenne, quels que soient les obstacles procéduraux des États membres »⁸⁸⁴. Les Etats-membres ne bénéficient d’une autonomie procédurale que tant que les mesures adoptées ne méconnaissent pas le principe d’effectivité : l’autonomie procédurale s’arrête où commence l’atteinte au principe d’effectivité. Les mesures procédurales mises en place au sein des Etats-membres ne doivent pas empêcher le droit de la consommation d’être effectif en droit interne⁸⁸⁵. L’exemple le plus édifiant est celui du droit de la prescription qui conditionne le droit d’accès au tribunal.

Le principe d’effectivité intéresse particulièrement la question du relevé d’office du juge en droit de la consommation et va nourrir la controverse.

⁸⁸² CJCE, 15 septembre 1998, aff. C-231/96, *edis*, points 19 et 20.

⁸⁸³ CJCE, 16 décembre 1976, aff. C-33/76, *Rewe* ; CJCE, 16 décembre 1976, aff. C-45/76, *Cornet* ; CJCE, 14 décembre 1995, aff. C-312/93, *Peterbroeck* ; CJCE, 16 mai 2000, aff. C-78/98, *Shirley Preston e.a.*, précité, point n° 31 ; CJCE, 19 septembre 2006, aff. C-392/04 et C-422/04, *Germany et Arcor*, point n° 57.

⁸⁸⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », *RTD Eur.* 2013, p. 559.

⁸⁸⁵ CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-114/95 et C-1 15/95, *Texaco et lieselskabet Danmark*, points n°s 45 à 48 (l’arrêt vise d’ailleurs celui de la Cour du 17 juillet 1997, aff. C-90/94, *Haahr Petroleum*).

2° La portée des extrémités sur la question du relevé d'office du juge

386. L'effectivité du droit européen de la consommation. – La portée des extrémités doit être envisagée au singulier : le principe de l'effectivité est celui qui pose le plus de difficultés aux Etats-membres et d'intérêt au regard de la question du relevé d'office du juge ; ce dernier est un moyen de l'effet utile du droit européen de la consommation ; son intervention permet de rééquilibrer les relations contractuelles entre le consommateur et le professionnel. Progressivement, pour la Cour de justice, le relevé d'office du juge devient le corollaire du principe d'effectivité du droit de la consommation. Son office, qui n'intervient que lorsque le contrat est devenu litigieux, joue sur le terrain du droit processuel : les principes directeurs de la procédure civile en sont donc nécessairement affectés, et les postulats bien huilés en droit interne, revisités. Les notions d'équivalence et d'effectivité ne seront réellement comprises qu'à travers la jurisprudence de la Cour de justice qui va y faire référence très régulièrement, voire systématiquement, dans ses décisions rendues en droit de la consommation.

La complexité et la multiplication des échanges commerciaux permettent d'en mesurer la progression, et l'exigence de protection des consommateurs l'intensité. Le législateur interne doit respecter un équilibre fragile entre la protection du consommateur telle qu'exigée par le droit européen de la consommation, et la liberté qui est la sienne dans la réglementation de sa procédure interne.

387. Un équilibre fragile. – Toute la question de savoir si le juge peut, ne peut pas ou doit relever d'office le caractère abusif d'une clause et/ou un moyen de droit tiré de la méconnaissance d'une disposition consumériste d'origine européenne, va dépendre de l'équilibre entre la primauté du droit de l'Union et l'autonomie procédurale des Etats membres : l'un commande d'assurer l'effectivité du droit de la consommation ; l'autre accorde une liberté quant aux moyens procéduraux choisis pour y parvenir, or, l'office du juge relève de ces moyens. La problématique tient au fait de savoir si la faculté laissée au juge de relever d'office un moyen en faveur des consommateurs répond au principe d'effectivité et d'équivalence du droit de la consommation au point qu'elle doive être adoptée au sein des droits internes, ou si la question du relevé d'office relève de leur champ d'autonomie procédurale leur permettant « librement » d'accorder ou non au juge le pouvoir de relever d'office un moyen de droit.

388. Illustration de cet équilibre. – Un arrêt de la Cour de justice rendu le 7 juin 2007⁸⁸⁶ rendu à propos de la directive 85/511/CEE⁸⁸⁷ illustre parfaitement cette mise en balance du pouvoir du relevé d'office du juge et des principes d'équivalence et d'effectivité. Dans cet arrêt la Cour décide que ces principes ne conditionnent pas le relevé d'office du juge dans le sens d'une obligation, et qu'au regard de la directive en cause, la procédure applicable au droit interne qui n'impose pas le relevé d'office du juge n'est pas contraire à ces principes. Cette problématique, posée au sein du droit de la consommation au regard de la directive de 93/13/CEE rend l'équilibre nécessairement plus fragile et le conditionnement « équivalence-effectivité » difficile à manier pour les Etats-membres ; les précisions ponctuelles de la Cour en sont d'autant plus nécessaires, et on constate que cet équilibre s'organise en triangle, voire, en un « cercle vicieux » : primauté-autonomie-effectivité⁸⁸⁸.

L'équilibre sera menacé par une conception de l'effectivité du droit de la consommation différente entre juge interne et juge communautaire. C'est cette différence qui va bouleverser la jurisprudence interne établie jusque-là. Si aucune autonomie procédurale n'avait été accordée aux Etats-membres, si les droits interne et européen étaient parfaitement accordés au regard de la réglementation du droit de la consommation, la controverse n'aurait pas eu lieu. On sait que ni l'une ni l'autre ne sont possibles ; la controverse est inévitable : à l'inverse du juge interne, la Cour de justice va encourager le pouvoir du relevé d'office du juge, sur le fondement de la directive 93/13/CEE dont elle va donner une interprétation à visée protectrice, à tel point qu'elle va bouleverser les principes tout juste établis.

L'office du juge au sein de la jurisprudence de la Cour de justice présente alors un intérêt essentiel, car c'est ici que sera apportée une réponse à la question du relevé d'office. Si le premier pas vers un respect de son harmonisation est une transposition correcte de la directive par les Etats-membres, c'est bien la Cour de justice qui va par la suite assurer voire achever l'unification de la règle imposée dans les différents ordres juridiques. Sévère quant à l'harmonisation de la directive, la Cour attend des juges nationaux qu'ils rendent la directive

⁸⁸⁶ CJCE, 7 juin 2007, aff. C 222/05 à C 225/05, *Van der Weerd e.a.* : « Le droit communautaire n'impose pas au juge national, dans une procédure telle que celle au principal, de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions de la réglementation communautaire, étant donné que ni le principe d'équivalence ni le principe d'effectivité ne l'exigent ».

⁸⁸⁷ Directive 85/511/CEE du Conseil du 18 novembre 1985 « établissant des mesures communautaires de lutte contre la fièvre aphteuse ».

⁸⁸⁸ Le principe de primauté du droit européen s'impose aux Etats-membres sous réserve du principe d'autonomie procédurale qui s'exerce sous réserve du principe d'effectivité, qui renvoie lui-même au principe de primauté.

de 1993 effective (son application doit être faite de manière préventive) et se prononce sur les recours contre les clauses abusives.

Certaines dispositions procédurales mises en place par les Etats-membres méconnaissent parfois le principe d’effectivité ; il ne sera donc pas étonnant de retrouver un rappel de ces principes au sein de la jurisprudence de la « CJCE » puis de la « CJUE » qui va suivre et qui se penche justement sur la question du relevé d’office du juge. Cette question est spécifiquement celle qui fait jouer la problématique de la balance entre autonomie procédurale et effectivité.

SECTION 2

LA CONSÉCRATION COMMUNAUTAIRE DU RELEVÉ D’OFFICE EN DROIT INTERNE

La consécration du relevé d’office est assurée par le juge « communautaire » par son intervention à travers divers arrêts intervenus avant l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne et qui reconnaissent ce pouvoir au juge dans les litiges du droit de la consommation. Les litiges ne sont d’abord pas tous visés par la jurisprudence communautaire : la consécration est ciblée (§ 1) au point d’en limiter la portée (§2).

§ 1. Une consécration communautaire ciblée

La consécration du relevé d’office est assurée par deux arrêts en particuliers, que la proximité des solutions rendues conduit à désigner sous la forme « Cofidis et Cie » (I). L’engouement du juge communautaire est telle que la question se pose de savoir s’il ne se dirige pas vers un devoir du relevé d’office (II).

I. La consécration du relevé d’office du juge de « Cofidis et Cie »

Un arrêt « Océano Grupo » (A) prépare la consécration du relevé d’office du juge, confirmé ensuite par l’arrêt « Cofidis contre Fredout » (B). Si le premier arrêt apporte sa pierre à l’édifice, le second a un impact réel en droit interne en répondant de manière très précise à la question du relevé d’office du juge.

A. L’arrêt « Océano Grupo »

389. Avant que le juge n’intervienne en 2002 à travers l’arrêt « Cofidis », il avait d’abord donné un premier élément de réponse (2), non négligeable et qui fera office de « préliminaire » au développement qui va suivre. C’est une question préjudicielle relative à l’office du juge posée par le juge espagnol (1) qui marquera le début d’un bouleversement des principes établis.

1° La question préjudicielle du juge espagnol

390. La clause attributive de compétence. – Dans un arrêt du 27 juin 2000, « Océano Grupo Editorial et Salvat Editores », ou autrement nommé « Murciano Quintero »⁸⁸⁹, il s’agissait d’une décision préjudicielle sur demande du Tribunal espagnol Juzgado de Primera Instancia n° 35 de Barcelona qui a été saisi d’un litige portant sur l’exécution d’obligations découlant de la souscription de contrats de vente à tempérament. En l’espèce, il était question de plusieurs litiges de nature similaire opposant des consommateurs ayant acheté une encyclopédie, à des éditeurs spécialisés, soit des professionnels.

La difficulté pour la juridiction nationale résidait dans le fait qu’il y avait dans les contrats une clause attribuant compétence aux juridictions de la ville dans laquelle les sociétés en question avaient leur siège, (Barcelone) alors qu’aucun des consommateurs n’y avait sa résidence. Suite à des difficultés de règlements, les sociétés ont agi en paiement contre les consommateurs devant cette juridiction. De telles clauses ont régulièrement été jugées abusives par les juges ; la jurisprudence nationale espagnole n’a pas formulé de solution de principe quant à savoir si les clauses abusives pouvaient être relevées d’office par le juge lorsqu’il était saisi d’un litige opposant un consommateur et un professionnel.

Par le jeu de la procédure lui permettant de sursoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la Cour de justice, le juge espagnol a pu solliciter une interprétation de la directive de 1993, applicable en l’espèce, pour définir le pouvoir de l’office du juge dans les litiges du droit de la consommation impliquant un consommateur : « La protection que la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs assure à ceux-ci permet-elle au juge national d’apprécier d’office le caractère abusif d’une clause du contrat soumis à son appréciation lorsqu’il examine la recevabilité d’une demande introduite devant les juridictions ordinaires » ? Il s’agissait simplement pour le juge national de savoir s’il pouvait relever d’office les clauses abusives insérées dans les contrats de vente à tempérament qui lui étaient soumis, afin, éventuellement, de rejeter la demande en paiement formée par le professionnel.

⁸⁸⁹ CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA contre Roció Murciano Quintero et Salvat Editores SA contre José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane et Emilio Viñas Feliú* ; JCP G 11 avril 2001, vol. II, n° 15, 10513, note M. CARBALLO FIDALGO et G. PAISANT ; RTD Civ. 2000 p. 939, obs. J. RAYNARD.

La Cour de justice n'aura alors qu'à y répondre par une interprétation des dispositions de la directive ; sa solution aura vocation à être appliquée et reprise par l'ensemble des juridictions des Etats-membres dans le même sens, pour les litiges déjà nés ou à naître.

2° La réponse de la Cour de justice

Si la solution rendue par la Cour est clairement protectrice du consommateur (a), elle n'en présente pas moins une portée limitée (b).

a) Une solution protectrice

391. Le critère de la négociation individuelle. – Avant de répondre à la question posée, la Cour de justice rappelle que la directive a été élaborée dans le but de protéger le consommateur ou le non professionnel en situation d'infériorité par rapport au professionnel, notamment par le fait que ce dernier adhère au contrat et plus particulièrement à des clauses rédigées préalablement. La Cour de justice a d'abord répondu « [...] qu'une clause attributive de juridiction, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, doit être considérée comme abusive au sens de l'article 3 de la directive, dans la mesure où elle crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties »⁸⁹⁰ et notamment de l'article 3 paragraphes 1 et 2. Le danger que présentait une telle clause était son effet dissuasif ; si le litige porte sur une somme modeste, le consommateur a plutôt tendance à vouloir se préserver d'avoir à débours des frais afférents à sa comparution, d'autant plus qu'en général il présume que l'issue du procès lui sera défavorable.

392. La solution de la Cour. – La Cour européenne conclut alors que : « La protection que la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, assure à ceux-ci implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis lorsqu'il

⁸⁹⁰ Point n° 24 de l'arrêt.

examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales ». Cette décision est la première à sonner le glas de la fin des abus commis par les professionnels contre les consommateurs en situation de faiblesse⁸⁹¹. La Cour de justice, au lieu de se positionner sur le terrain des sanctions et de la nullité relative pour rendre sa solution, choisit celui de la protection du consommateur tel que la directive applicable la recommande⁸⁹². La Cour considère que c'est le relevé d'office du juge, « intervention positive, extérieure aux seules parties »⁸⁹³, qui permet une protection effective du consommateur.

b) Une solution limitée

393. Champ restreint. – Une première limite tient au fait que la Cour ne consacre le relevé d'office du juge qu'à l'égard de la clause attributive de juridiction en particulier. Elle ne rend pas sa solution en des termes généraux de nature à s'étendre à toute clause abusive en droit de la consommation. La solution est donc limitée en droit des clauses abusives.

394. Portée relative. – Elle l'est aussi au regard du droit du crédit : si le juge consacre le pouvoir du relevé d'office du juge, la solution n'est pas pérenne en droit interne au regard du délai de forclusion. Passé ce délai, la Cour de cassation estime qu'il n'y a plus, pour les juges du fond, de possibilité de relever d'office un moyen tiré d'une clause abusive ou d'une irrégularité du contrat litigieux.

C'est donc à l'occasion d'un autre arrêt que le juge E. RIGAL prit l'initiative de poser une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés Européennes lors d'une affaire opposant la société Cofidis S.A. à Monsieur Jean-Louis Fredout. L'arrêt « Océano Grupo » a réellement amorcé l'évolution de l'office du juge dont la consécration sera presque achevée avec celui dit « Cofidis ». Cet arrêt pose un point « final » à la controverse de l'office du juge en droit de la consommation par une reconnaissance explicite du pouvoir du juge de relever d'office le caractère abusif des clauses.

⁸⁹¹ G. PAISANT, « Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », note sous CJCE, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, *JCP G*, 11 avril 2001, vol. II, n° 15, p. 10513, *précité*.

⁸⁹² Point n° 26 de l'arrêt : « L'objectif poursuivi par l'article 6 de la directive, qui impose aux États membres de prévoir que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, ne pourrait être atteint si ces derniers devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif de telles clauses ».

⁸⁹³ Point n° 27 de l'arrêt.

B. L'arrêt « Cofidis contre Fredout »

L'arrêt « Cofidis contre Fredout » livre divers éléments de réponses à la question de l'office du juge. La solution présente l'intérêt d'être conforme à la théorie « moderne » des nullités (1), tout en s'intéressant de près au délai de forclusion (2). Ce dernier élément permet de soutenir que cet arrêt a une portée considérable.

La solution révèle son attachement à la théorie « moderne » des nullités précédemment évoquée⁸⁹⁴ (1) tout en englobant la question du délai de forclusion (2).

1° Une solution conforme à la théorie « moderne » des nullités

395. En avril 2001, la Commission rend un avis en faveur du relevé d'office du juge ; la Cour de Justice confirme en rendant l'arrêt « Cofidis contre Jean-Louis Fredout » le 21 novembre 2002⁸⁹⁵. Le litige opposait un consommateur à un professionnel dans le cadre de la souscription d'un crédit, dont les échéances, impayées, avaient amené le professionnel à assigner le consommateur en justice. Le Tribunal d'instance de Vienne a relevé le caractère abusif de certaines clauses du contrat, tout en constatant que le délai de forclusion pendant lequel l'action doit être intentée⁸⁹⁶ est dépassé. Il se demande si ce délai lui est applicable, ce qui le priverait de la possibilité de relever d'office le caractère abusif de la clause.

396. La solution « Cofidis ». – La Cour déclare que : « La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat conclu entre eux, interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever d'office ou à la suite d'une exception soulevée par un consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat ». Le délai de forclusion ne pourra plus venir mettre en échec la lutte contre les clauses abusives, et notamment tout recours formé dans ce but, qu'il soit exercé par le juge ou le consommateur.

⁸⁹⁴ Cf. : l'émergence de la nullité ayant été amorcée par la doctrine (note 308)

⁸⁹⁵ CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA c/J.L. Fredout* ; JCP CCC février 2003, n° 2, comm. 31, note G. RAYMOND.

⁸⁹⁶ Ancien article L. 311-37, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation: « Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions engagées devant lui doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion [...]» (devenu L.311-52 du Code, depuis la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010).

397. La consécration du relevé d’office. – Cet arrêt illustre la bienveillance du juge communautaire à l’égard des consommateurs ; la consécration du relevé d’office permet une meilleure application de la directive de 1993 destinée à les protéger. Les directives et leur transposition en droit interne sont les garantes de l’effectivité du droit communautaire et donc du droit de la consommation au niveau interne, soit, « l’effet utile » de ce dernier qui était menacé par la jurisprudence nationale précédemment exposée.

Depuis cet arrêt le juge peut relever d’office une clause abusive, puisque la Cour de Luxembourg fait tomber les dernières barrières, en considérant, tout en faisant référence à l’arrêt « Océano Grupo » précédemment rendu⁸⁹⁷, que le juge doit pouvoir relever d’office le caractère abusif d’une clause même si le délai de forclusion est dépassé, et donc *a fortiori*, que le juge peut relever d’office une clause abusive. Cet arrêt va plus loin que celui « Océano Grupo » qui visait les clauses attributives de juridiction, puisqu’il englobe toutes les clauses insérées dans les contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels. Cette règle jurisprudentielle est transposable à toutes les lois de protection, dès lors qu’elles revêtent un caractère impératif, et que le législateur imposerait aux Etats (il s’agit des « lois de police communautaires »).

La solution de la Cour confirme celle rendue par l’arrêt « Océano Grupo » dans le sens de la faculté du juge de relever d’office le caractère abusif d’une clause ; elle ne fait aucune mention d’une exigence du relevé d’office du juge à l’égard d’une disposition d’ordre public de protection ou de direction, ni même d’ordre public de manière générale, ni encore d’un objectif de protection du consommateur en particulier. Ce faisant, la Cour ne permet pas au droit interne de déroger, par le jeu de la notion du délai de forclusion, à l’exigence de la protection du consommateur que cette directive leur impose. Contrairement au juge interne qui montrait une sévérité dans l’application de la directive au travers de la sous-distinction de la notion d’ordre public, la Cour de justice ne fait pas cas de cette dernière et exige des juges nationaux qu’ils garantissent une protection effective du consommateur.

⁸⁹⁷ Point n° 11 de l’arrêt : « La Commission [...] soutient également une interprétation large de l’arrêt Océano Grupo Editorial et Salvat Editores [...] » ; Point 12 de l’arrêt : « À cet égard, il convient de rappeler que, au point 28 de l’arrêt Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, précité, la Cour a jugé que la faculté pour le juge d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause constitue un moyen propre à la fois à atteindre le résultat fixé à l’article 6 de la directive [...] » ; Point 13 de l’arrêt : « Cette faculté reconnue au juge a été considérée comme nécessaire pour assurer au consommateur une protection effective, eu égard notamment au risque non négligeable que celui-ci soit dans l’ignorance de ses droits ou rencontre des difficultés pour les exercer (arrêt Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, précité, point 26) ».

Néanmoins, ce qui intéresse surtout le droit interne, c'est la précision de la Cour quant au délai de forclusion ; celui-ci ne doit pas empêcher le juge de relever le caractère abusif d'une clause pour condamner le professionnel et/ou libérer le consommateur afin d'enrayer véritablement tout obstacle opposé au relevé d'office du juge. Se limite-t-elle au simple délai de forclusion ou n'est-ce là qu'un exemple ? Le juge pourra-t-il relever d'office le caractère abusif d'une clause lorsque ce délai ne sera pas encore dépassé ? Ne pourra-t-il le faire qu'une fois ce délai dépassé en cas d'inaction de la part du consommateur ?

En s'intéressant au délai de forclusion la Cour donne une réponse à moitié satisfaisante aux praticiens et à la doctrine.

2° Une solution qui s'intéresse au délai de forclusion

398. Délai de forclusion et effectivité. – En intégrant le délai de forclusion dans sa réponse à la question préjudicielle, le juge communautaire répond de manière précise à la question du pouvoir du relevé d'office du juge. La solution suit le mouvement amorcé, même si, textuellement, elle le fait précisément dans le domaine des clauses abusives issues d'un contrat de crédit, dont le litige est tombé sous le coup du délai de forclusion pour l'une des deux parties.

Le délai est trop bref selon la Cour, pour satisfaire à la protection des consommateurs : « [...] la fixation d'une limite temporelle au pouvoir reconnu au juge de relever d'office l'illégalité d'une clause abusive est contraire aux objectifs de la directive »⁸⁹⁸. Le consommateur soutient que ce délai, qui vise à assurer une certaine sécurité juridique, met en difficulté le respect de l'article 6 de la directive⁸⁹⁹ qui régit le sort des clauses abusives. En enfermant l'action dans un délai, le droit interne rend difficile voire impossible (lorsque le délai est forclus), l'exercice par le consommateur de ses droits à l'encontre du professionnel en cas de clause abusive insérée dans le contrat⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ Point n° 31 de l'arrêt.

⁸⁹⁹ Article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » : « Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

⁹⁰⁰ Point 29 de l'arrêt : « M. Fredout soutient qu'il convient de faire une interprétation large de l'arrêt Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, précité. Selon lui, la Cour a, dans cet arrêt, considéré la possibilité pour le juge national d'apprécier d'office l'illégalité d'une clause abusive comme un moyen permettant d'atteindre le résultat fixé à l'article 6 de la directive, à savoir garantir que les clauses abusives ne lient pas le consommateur. Or, ce résultat ne pourrait être atteint si cette possibilité était soumise à un délai. Dans le cas des contrats de

399. Critiques doctrinales. – La Cour de justice voit son implication dans la protection des consommateurs fortement critiquée par la doctrine : ses décisions remettent en cause les principes régissant son champ de compétence. En effet, il ne lui est pas permis de vérifier l’interprétation du droit interne faite par le juge national, ou de vérifier la légalité d’une norme interne au regard d’une norme communautaire. Dans cet arrêt, la doctrine considère que la Cour de justice a justement dépassé ces limites en décidant que le délai de forclusion prévu dans le Code de la consommation est contraire à la directive de 1993⁹⁰¹. Pourtant, la solution ne remettait pas en cause la légalité de l’article L.311-37 du Code de la consommation ; elle ne faisait que l’écarter du litige, le paralysant pour le cas d’espèce, tandis qu’elle serait toujours valable dans un litige opposant un consommateur à un professionnel en dehors des cas de clauses abusives.

En d’autres termes, le juge doit toujours pouvoir relever d’office le caractère abusif d’une clause, peu important que le délai de forclusion soit dépassé. Si le délai ne court pas pour le juge, on peut considérer que le délai de forclusion ne court jamais pour le consommateur ayant conclu avec un professionnel un contrat comportant une clause abusive. La difficulté de cet arrêt résidait dans le fait que le droit interne (l’autonomie procédurale des Etats) était confrontée à l’effectivité de la protection de la directive de 1993 : le délai de forclusion qui relève de l’autonomie procédurale des Etats met en échec cette effectivité en raison de la brièveté de la durée d’action laissée aux parties ainsi qu’au relevé d’office du juge : « Le gouvernement autrichien, tout en reconnaissant que la directive laisse aux États membres une marge d'appréciation importante et qu'un délai de prescription peut contribuer à la sécurité juridique, fait valoir que, eu égard à l'effet de forclusion du délai en cause et à sa brièveté, il est douteux qu'il permette d'atteindre le résultat prescrit par les articles 6 et 7 de la directive »⁹⁰².

400. La protection effective du consommateur. – Selon la Cour, la protection des consommateurs prime : « Il apparaît dès lors que, dans les procédures ayant pour objet

crédit à la consommation, la plupart des procédures seraient introduites par le prêteur professionnel, auquel il suffirait d'attendre l'expiration dudit délai pour introduire l'action en paiement, privant ainsi le consommateur de la protection instituée par la directive ».

⁹⁰¹ M. LUBY, «TROP NE VAUT RIEN! (Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)», *JCP CCC* janvier 2004, 1, p. 7, *précité* ; le professeur fait ici un rappel de la jurisprudence communautaire définissant les principes régissant les rapports entre le droit interne et le droit communautaire : CJCE, 19 mars 1964, aff. C-75/63, *Unger* et CJCE, 15 juillet 1964, aff. C-6/64, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, *précités*.

⁹⁰² Point n° 30 de l’arrêt *Cofidis*.

l'exécution de clauses abusives, introduites par des professionnels à l'encontre de consommateurs, la fixation d'une limite temporelle au pouvoir du juge d'écarter, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, de telles clauses est de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection voulue par les articles 6 et 7 de la directive »⁹⁰³. Si l'autonomie procédurale des Etats doit être préservée, elle cède dès lors que ces derniers rendent la protection des consommateurs « impossible ou excessivement difficile »⁹⁰⁴.

Selon la doctrine, qui approuve la cohérence de la solution⁹⁰⁵, « la jurisprudence [communautaire] se veut relativement prudente, respectant en cela tant le niveau d'harmonisation souhaité par le législateur communautaire que les prérogatives du juge national auquel il incombe de qualifier juridiquement la nature abusive ou non d'une clause, et ce en prenant en compte l'ensemble des éléments factuels et juridiques entourant la conclusion du contrat »⁹⁰⁶.

Si la brièveté du délai n'a pas été réformée par le législateur français, il a néanmoins subi une évolution importante au regard de l'effectivité de la protection des consommateurs accordée par la directive.

401. Le « revirement » de la loi MURCEF. – La loi dite « Murcef » du 11 décembre 2001⁹⁰⁷ a réformé le Code de la consommation afin de pallier la controverse née de l'application de l'article L.311-37 par la Cour de cassation. Elle modifie le texte de sorte à s'aligner sur l'adage *quae temporalia sunt agendum perpetua sunt ad excipiendum*, ce qu'une interprétation par la Cour de l'ancienne législation n'avait pas permis : « Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ».

⁹⁰³ Point n° 35 de l'arrêt *Cofidis*.

⁹⁰⁴ Point n° 36 de l'arrêt *Cofidis* : « Il y a donc lieu de considérer qu'une disposition procédurale qui interdit au juge national, à l'expiration d'un délai de forclusion, de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par un consommateur, le caractère abusif d'une clause dont l'exécution est demandée par le professionnel, est de nature à rendre excessivement difficile, dans les litiges auxquels les consommateurs sont défendeurs, l'application de la protection que la directive entend leur conférer ».

⁹⁰⁵ G. PAISANT, « La réglementation française ne peut pas empêcher le juge de relever le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l'expiration du délai de forclusion », note sous CJCE, 5e ch., 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *SA Cofidis c/ Fredout*, JCP G, 21 mai 2003, vol. II, n° 21, 10082 : « Cette position rejoint nos principes procéduraux selon lesquels les exceptions sont perpétuelles [...] ».

⁹⁰⁶ C. TOADER, représentée par K. KOURI ; « Équilibre entre marché et protection du consommateur dans la jurisprudence communautaire », Colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30^e anniversaire », 2009.

⁹⁰⁷ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (*MURCEF*), précité.

En précisant « en paiement » et « à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur », le délai de forclusion prend une autre forme. Il est sévère à l'égard des professionnels dont on comprend qu'ils sont seuls visés par l'application de la disposition : le délai est maintenant inopposable à l'emprunteur qui ne fait que contester la régularité de l'offre de crédit à l'occasion d'une action en paiement à son encontre⁹⁰⁸. La déchéance qui en découle n'est donc pas une « action en paiement ». Le moyen de défense (ou l'exception) formulé par le consommateur à l'occasion d'une action en paiement par le professionnel sera soumis au délai de droit commun, soit l'article 71 du CPC qui rend le moyen de défense imprescriptible.

Cette loi n'est pas rétroactive : si les faits de l'espèce sont antérieurs à son entrée en vigueur, ils seront soumis à l'ancienne législation. On observe encore de nombreuses solutions rendues après 2001 mais visant l'article L.311-37 dans sa rédaction antérieure. La Cour doit aussi tenir compte du critère de la défaillance de l'emprunteur⁹⁰⁹ pour faire courir le délai biennal et abandonner le critère de la formation définitive du contrat de crédit. Si elle apporte des précisions essentielles, cette réforme est toujours évasive quant à « l'événement » ayant donné naissance aux actions en paiement. Le flou juridique ne mettra pas tous les juges d'accord quant à la fixation du point de départ, ce qui était déjà le cas avant l'entrée en vigueur de la loi⁹¹⁰.

402. La portée de la loi « MURCEF » sur le relevé d'office. – Par cet anéantissement de la jurisprudence antérieure, la réforme règle partiellement la difficulté du relevé d'office du juge en droit de la consommation. Il permet aux consommateurs de disposer des moyens de défense tirés de l'irrégularité de l'offre de crédit lorsque les professionnels leur en demandent le remboursement. C'est un « rééquilibrage » effectué entre les parties, tout autant que la consécration du relevé d'office du juge un an auparavant : le législateur permet que les parties qui s'opposent dans un litige puissent le faire à armes égales (et ce, même si l'arrêt « Cofidis » et la réforme « Murcef » ne libèrent pas le consommateur du délai de forclusion

⁹⁰⁸ Cass, 1^{re} civ. 4 novembre 2003, n° 01-13.689, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 12 juillet 2005, n° 03-10.921, Bull. civ. I, n° 327, p.271 (atténuation).

⁹⁰⁹ Cass, 1^{re} civ 23 mai 2000, n° 98-11.715, Bull. civ. 2000 I, n° 157, p. 102 ; Ass. plén., 6 juin 2003, n° 01-12.453, Bull. 2003, Ass. plén., n° 6, p. 15, *Bauer* (pour le crédit reconstituable) ; Cass, 1^{re} civ. 30 mars 2005, n° 02-13.765, Bull. civ. 2005 I, n° 159, p. 134.

⁹¹⁰ Sur la saga jurisprudentielle quant à la fixation du point de départ sous les anciennes réglementations depuis 1978 : Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, «La protection de l'emprunteur : une notion menacée», *D.* 2000, p. 191 ; à titre d'illustration : Cass, 1^{re} civ. 16 septembre 2010, n° 08-18.342, Inédit : sous l'ancienne réglementation, la Cour de cassation casse la décision des juges du fond qui ont fait courir le délai de forclusion depuis que le contrat est définitivement formé et non pas depuis le dépassement d'un découvert maximum conventionnellement prévu.

lorsqu’il est demandeur et oppose le caractère abusif de la clause par voie d’action, ce qui est une situation beaucoup plus rare).

Les faits de l’arrêt « Cofidis » étaient nés avant la réforme, et la question préjudicielle avait été posée avant cette dernière ; on peut donc imaginer que cette réforme rend la question et la solution inutiles. Il n’en est rien et l’arrêt rendu par la Cour de justice conserve tout son intérêt car la loi « Murcef » est applicable aux contrats conclus à partir de son entrée en vigueur. De plus, le législateur français n’agit que sur le terrain du droit du crédit à la consommation, sans remettre en cause la jurisprudence « Grine » toujours en vigueur. Il ne s’agit pas là d’une consécration du relevé d’office du juge. Le législateur n’a pas répondu à cette question qui sera résolue par le droit communautaire.

Le juge communautaire, fort de l’évolution de l’office du juge dont il est le moteur prolonge sa démarche. Les précisions données par la Cour de Justice soulèvent une question : celle relative à l’« amplitude » qui doit être accordée au pouvoir du relevé d’office du juge ; la Cour semble l’engager sur la voie d’un devoir.

II. Le relevé d’office du juge, vers un devoir du relevé d’office ?

L’émergence d’un semblant d’obligation pour le juge dans l’exercice du relevé d’office des clauses abusives (A) a fait l’objet de vives critiques (B). Un glissement du « pouvoir » vers le « devoir » est entrepris par l’arrêt « Claro ».

A. L’émergence d’un semblant d’obligation du relevé d’office

Cette émergence de l’obligation pour le juge de relever d’office le caractère abusif d’une clause se manifeste à travers l’arrêt « Mostaza Claro » (1) qui invite à comprendre le relevé d’office dans le sens d’une obligation. Ce n’est qu’à demi-mot qu’elle exprime cette nouvelle évolution du relevé d’office du juge (2).

1° L’émergence d’une obligation à travers l’arrêt « Mostaza Claro »

403. L’évolution supplémentaire de l’arrêt « Claro ». – Dès lors que la faculté du juge de relever d’office une clause abusive est reconnue à travers les arrêts « Océano » et « Cofidis », la Cour va progressivement considérer qu’une protection efficace du

consommateur ne peut être assurée que si le juge est contraint de relever d’office le caractère abusif d’une clause, et non pas s’il y est seulement autorisé. Elle va développer cette idée à l’occasion de l’arrêt « Claro » rendu le 26 octobre 2006⁹¹¹ issue d’une question préjudicielle posée par le juge espagnol pour un litige opposant un consommateur à un professionnel, liés ensemble par un contrat dans lequel une clause compromissoire prévoyait que tout litige relatif au contrat serait soumis à la procédure d’arbitrage. Un litige s’étant formé, la sentence rendue par l’arbitre désigné a fait l’objet d’un recours en annulation par le consommateur qui relevait le caractère abusif d’une clause présente dans la convention d’arbitrage. Saisi du litige, le juge espagnol s’est tourné vers la Cour de justice par la voie préjudicielle.

404. La question préjudicielle. – La question posée par le juge national portait sur le champ d’application de la directive de 1993 au regard du recours en annulation. La formule était la suivante : « La protection des consommateurs qu'assure la directive 93/13/CEE [...] implique-t-elle que la juridiction saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule la sentence au motif que ladite convention d'arbitrage comporte une clause abusive, lorsque le consommateur a invoqué ladite nullité dans le cadre du recours en annulation, mais non dans le cadre de la procédure arbitrale » ? La question vise le relevé d’office du juge confronté à une clause présente dans une convention d’arbitrage dont le caractère abusif n’a été relevé par le consommateur que lorsque l’arbitre a effectivement rendu sa sentence. En d’autres termes, le relevé d’office de la clause abusive par l’une des parties est-il encore possible dans le cadre du recours en annulation ?

405. La réponse de la Cour de justice. – S’il n’est pas de la compétence de la Cour de décider si la clause litigieuse est effectivement abusive, il est bien de sa compétence d’interpréter la directive de manière à permettre au juge national de le faire⁹¹². La Cour ne se prononce pas quant au caractère abusif de la clause présente dans la convention d’arbitrage ; elle répond à la question préjudicielle et fait savoir au juge si la clause en question peut

⁹¹¹ CJCE, 1^{re} chambre, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro contre Centro Móvil Milenium SL*. ; LPA 20 septembre 2007, n° 189, p. 9, note G. POISSONNIER et J.-Ph. TRICOIT.

⁹¹² Rappelant l’arrêt CJCE, 1^{er} avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c/ Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, la Cour précise encore que : « Il appartient donc au juge national de déterminer si une clause contractuelle telle que celle qui fait l'objet du litige au principal réunit les critères requis pour être qualifiée d'abusives au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive (précité, point 25) ».

effectivement être relevée par l’une des parties à l’occasion du recours en annulation de la sentence arbitrale.

La Cour conclut que : « La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation ». La Cour pose une obligation pour le juge d’apprécier le caractère abusif d’une clause relevée par l’une des parties à l’occasion du recours en annulation ; peu importe si elle n’a pas été invoquée plus tôt par cette partie, c’est-à-dire lors de la procédure arbitrale. La Cour de justice associe convention d’arbitrage et sentence en déduisant de la nullité de la convention, la nullité de la sentence. Si cette convention contient une clause abusive, la sentence doit être annulée.

La question préjudicielle posée par le juge national n’évoque pas directement la question du relevé d’office du juge ; les faits et la solution indiquent que « le consommateur a invoqué » la nullité de la convention d’arbitrage tirée du caractère abusif d’une de ses clauses. Il est plutôt question du sort d’un recours tardif exercé contre une clause abusive. Cet arrêt s’inscrit dans la continuité de ceux précédemment rendus par la Cour de justice et qui consacraient l’office du juge. Elle décide ici que la tardiveté du recours formé n’est pas un obstacle pour le juge qui doit « apprécier » la demande formée, et doit annuler la sentence arbitrale si la convention qui l’a organisée est viciée par une clause abusive. Elle ne se contente donc pas seulement d’inviter le juge à relever d’office le caractère abusif de la nullité de la convention comme elle avait pu le faire auparavant, elle lui enjoint aussi de prononcer l’annulation de la sentence. L’usage du présent donne l’apparence d’une injonction de la part de la Cour, alors que le conditionnel aurait pu adoucir la formulation.

2° L’émergence d’une obligation pour le juge ?

406. Des formules classiques. – La Cour souligne d’abord, suivant des formules devenues classiques, que la faiblesse du consommateur par rapport au professionnel, ainsi que le danger que présentent pour lui les contrats d’adhésion⁹¹³, justifient une intervention « extérieure » aux parties (soit, judiciaire)⁹¹⁴. La Cour confirme sa jurisprudence antérieure par une reconnaissance de la faculté du juge de relever d’office des clauses abusives rappelant les arrêts précurseurs « Océano » et « Cofidis »⁹¹⁵, et ajoute que le fait pour un consommateur de ne pas invoquer le caractère abusif d’une clause à temps ne fait que traduire son ignorance face à ses droits ce qui doit lui être excusé⁹¹⁶ (le point 28 de l’arrêt, allant en ce sens, montre d’ailleurs une certaine particularité par la forme de son énoncé⁹¹⁷). Suivant la jurisprudence établie, il aurait suffi au consommateur d’invoquer la nullité de la convention d’arbitrage sans mentionner le caractère abusif de la clause compromissaire puisqu’on sait maintenant que le juge sera amené à le faire à sa place.

Pour conforter la solution rendue, la Cour souligne surtout qu’une précédente jurisprudence avait déjà décidé que le juge devait « [...] faire droit à une demande en annulation d’une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d’ordre public [...] »⁹¹⁸, et que cette solution pouvait être appliquée au cas d’espèce. Elle effectue ce

⁹¹³ Point n° 25 de l’arrêt : « Le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l’idée que le consommateur se trouve dans une situation d’infériorité à l’égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d’information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci (arrêt du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, C-240/98 à C-244/98, Rec. p. I-4941, point n° 25) ».

⁹¹⁴ Point n° 26 de l’arrêt : « Une telle situation d’inégalité entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat (arrêt « Océano Grupo », précité, point n° 27) ».

⁹¹⁵ Point n° 27 de l’arrêt : « [...] la Cour a jugé que la faculté pour le juge d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause constitue un moyen propre à la fois à atteindre le résultat fixé à l’article 6 de la directive, à savoir empêcher qu’un consommateur individuel ne soit lié par une clause abusive, et à contribuer à la réalisation de l’objectif visé à son article 7, dès lors qu’un tel examen peut avoir un effet dissuasif concourant à faire cesser l’utilisation de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel (arrêts Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, précité, point 28, ainsi que du 21 novembre 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, point n° 32) ».

⁹¹⁶ Point n° 29 de l’arrêt : « La protection que la directive confère aux consommateurs s’étend ainsi aux hypothèses dans lesquelles le consommateur qui a conclu avec un professionnel un contrat contenant une clause abusive s’abstient d’invoquer le caractère abusif de cette clause soit parce qu’il ignore ses droits, soit parce qu’il est dissuadé de les faire valoir en raison des frais qu’une action en justice entraînerait (arrêt « Cofidis », précité, point n° 34) ».

⁹¹⁷ Point n° 28 de l’arrêt : « Cette faculté [...] considérée comme nécessaire pour assurer au consommateur une protection effective [...] ».

⁹¹⁸ Point n° 35 de l’arrêt : « Toutefois, la Cour a déjà jugé que, dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d’une sentence arbitrale

rapprochement par une interprétation de l'article 6 de la directive qui aurait, selon elle, une valeur impérative prenant sa source dans la situation d'infériorité dans laquelle se trouve le consommateur face au professionnel⁹¹⁹.

407. Un abandon progressif de la théorie classique des nullités. – Le juge communautaire ajoute enfin que la directive de 1993 est considérée comme « indispensable à l'accomplissement des missions confiées à la Communauté européenne »⁹²⁰. La Cour achève sa démonstration en déclarant que la qualité d'intérêt public des objectifs poursuivis par la directive commande au juge d'être soumis à une obligation dans le relevé d'office des clauses abusives : « La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel »⁹²¹. La Cour de justice va plus loin que dans les arrêts « Océano Grupo » et « Cofidis » ; elle ne participe pas seulement de l'émergence de la théorie « moderne » des nullités mais bien à un abandon progressif de celle dite « classique » élaborée par le juge interne.

408. Droit des clauses abusives et ordre public. – L'ensemble de ces arguments conduisent à faire entrer la réglementation relative aux clauses abusives, et notamment celle selon laquelle les clauses ne lient pas les consommateurs dans le domaine de « l'ordre public » (rappelant que l'ancienne distinction est désormais abolie) ; le juge espagnol doit faire droit à la demande en annulation de la sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles communautaires relatives aux clauses abusives. La distinction qu'opérait la jurisprudence « Grine » au sein même de l'ordre public afin d'identifier la faculté du relevé d'office du juge n'est pas valable dans les litiges du droit de la consommation relativement aux clauses abusives : ces derniers appartiennent tout autant à l'ordre public de protection

fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance des règles communautaires de ce type (voir, en ce sens, arrêt « Eco Swiss », *précité*, point n° 37) ».

⁹¹⁹ Point n° 36 de l'arrêt : « [...] la protection des consommateurs a notamment conduit le législateur communautaire à prévoir, à l'article 6, paragraphe 1, de la directive, que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel « ne lient pas les consommateurs ». Il s'agit d'une disposition impérative qui, [tient] compte de l'infériorité de l'une des parties au contrat [...] ».

⁹²⁰ Point n° 37 de l'arrêt : « Par ailleurs, la directive, qui vise à renforcer la protection des consommateurs, constitue, conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous t), CE, une mesure indispensable à l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de cette dernière [...] ».

⁹²¹ Point n° 38 de l'arrêt.

qu'à celui de direction. La question du relevé d'office du juge ne doit plus varier en fonction de son appartenance à l'une ou l'autre des sous-distinctions ; le juge doit pouvoir relever d'office un moyen de droit tiré d'une disposition transposant en droit interne la directive relative aux clauses abusives. Le juge ne peut plus apprécier le caractère abusif d'une clause, il est tenu de le faire au regard de la nature d'intérêt public de la protection des consommateurs et donc de la valeur impérative. Tel est en tout cas un souhait que la Cour de justice exprime à demi-mot en le proclamant dans ses développements sans le faire apparaître dans sa solution.

La Cour devait répondre à cette question du pouvoir accordé au juge dans l'exercice de son office ; ne pas y répondre abandonne ce pouvoir aux différents juges internes qui pourraient relever d'office ou non le caractère abusif d'une clause soumise à leur appréciation. Et l'argument phare de la Cour consistant à dire que ne pas accompagner le relevé d'office du juge d'une obligation ne permettrait pas à la réglementation propre aux clauses abusives d'être réellement efficace, est remis en cause par la doctrine qui y voit, dans le même temps, une difficulté d'application pratique. Par un rappel « nostalgique » de la jurisprudence communautaire de 2000 un auteur souligne l'évolution de l'office du juge : « [...] alors que l'arrêt *Oceano Grupo* se limitait à prescrire que le juge national puisse soulever d'office le caractère abusif d'une clause, l'arrêt *Claro* le lui impose [...] »⁹²².

B. Les critiques de l'émergence d'un semblant d'obligation du relevé d'office

Les critiques exprimées à l'encontre d'une obligation du juge de relever d'office le caractère abusif de la clause se fondaient sur une incohérence de l'arrêt face à l'exigence de protection du consommateur. La protection des intérêts des consommateurs passe par une accessibilité de ces derniers à la justice, et donc par la procédure d'arbitrage, alors que la Cour la met ici en péril en accueillant le moyen tiré du caractère abusif d'une clause dans un recours en annulation. En transposant sa jurisprudence relative à la question de l'office du juge en droit des clauses abusives au domaine de l'arbitrage, la Cour le fragilise au profit du

⁹²² A. MOURRE, « Protection des consommateurs. – Convention d'arbitrage. – Clause abusive. – Absence de réserves. – Annulation de la sentence. – Office du juge. – Ordre public communautaire. – Autonomie procédurale des États », note sous CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Journal du droit international*, avril 2007, n° 2, p. 13.

« judiciaire »⁹²³. Le souci de protection du consommateur contre les clauses abusives justifie le passage du litige des mains de l'arbitre à celles du juge.

409. L'ancien article 1458 du NCPC, alinéa 4. – L'ancien article 1458 du Nouveau Code de procédure civile⁹²⁴ n'offrait que trois possibilités : soit le juge judiciaire était saisi en second d'un litige portant sur une convention d'arbitrage (c'est-à-dire après que litige a déjà été soumis au tribunal arbitral) et il devait alors se déclarer incompétent, soit il était saisi en premier et il devait aussi se déclarer incompétent, soit il était saisi en premier d'un litige portant sur une convention d'arbitrage « manifestement nulle », et il n'avait pas à se déclarer incompétent. La Cour crée pourtant une quatrième possibilité, prenant l'apparence d'une exception au principe de « compétence-compétence » tiré de la procédure civile (et notamment de l'ancien article 1458 du NCPC⁹²⁵). En effet la Cour décide dans l'arrêt « Claro » que le juge saisi en second d'une convention « manifestement nulle » n'a pas à se déclarer incompétent (fusionnant ainsi les deux premiers alinéas de l'ancienne disposition). Ne pas permettre au juge saisi en second de statuer sur le caractère abusif d'une clause compromissoire serait contraire au droit communautaire de la consommation et à la directive de 1993, et, au niveau interne, à l'article L.132-1 du Code de la consommation. Il est probable qu'une situation dans laquelle le juge judiciaire serait saisi en second d'un litige portant sur le caractère abusif d'une clause compromissoire, insérée dans une convention d'arbitrage conclue entre deux professionnels, n'aurait pas suscité un tel débat.

410. Une question de bonne foi. – Concernant la question préjudicielle posée à la Cour sur le sort de l'action exercée par le consommateur, il semblerait malaisé de ne pas relever le caractère abusif d'une clause. Pourtant, remettre en cause une décision sur ce fondement s'apparenterait en effet à une malversation. Il n'est pas seulement question de la mise en jeu

⁹²³ Une fragilité d'autant plus curieuse que le caractère abusif de la clause compromissoire de la convention d'arbitrage devrait pouvoir légitimement relever de la compétence de l'arbitre et maintenir alors le litige sous son giron.

⁹²⁴ La réforme issue du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 « portant réforme de l'arbitrage » ayant modifié la disposition, c'est l'article 1448 (alinéa 1^{er}) du Code de procédure civile qui prévoit désormais que : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

⁹²⁵ Ancien article 1458 du Nouveau Code de procédure civile : « Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence ».

de la directive de protection contre les clauses abusives mais aussi de la bonne ou mauvaise foi du consommateur à protéger. Il n’est pas strictement question du relevé d’office du juge puisque c’est le consommateur qui a agi en l’espèce, invoquant le caractère abusif de la clause présente dans la convention d’arbitrage. La question demeure toutefois quant aux motivations de ce dernier : agissait-il pour remettre en cause la compétence de l’arbitre ou pour annuler la sentence ? Ce qui fragilisait la solution de la Cour tenait donc aux faits de l’espèce. La Cour fonde son argumentation sur la faiblesse du consommateur, rendant impérative sa protection. Si l’on supprime l’élément de faiblesse, le raisonnement de la Cour s’effondre ; or, c’est justement le fait d’avoir attendu que le prononcé de la sentence soit rendu pour invoquer le caractère abusif d’une clause qui remet en cause ce maillon essentiel de la chaîne.

411. « **J’accuse.. !** »⁹²⁶. – La doctrine accuse la Cour de permettre, sur le fondement de la directive, quelques manœuvres : « L’extrémisme de la cour conduit donc à favoriser les comportements déloyaux, sans répondre à un réel besoin de protection »⁹²⁷. Pourtant, si un auteur soutient ne pas comprendre cet arrêt au regard de l’article 6 de la directive de 1993, cet article a justement permis à la Cour de prendre cette décision : celui-ci prévoit, sans donner plus de précision, que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs. Il semblerait alors inopportun de fragiliser cette règle en fonction du moment où elles ont été invoquées. Peu importe que le consommateur invoque le caractère abusif de la clause pendant la procédure d’arbitrage ou pendant le recours en annulation : il n’a jamais été lié par la clause, il n’est donc pas lié par la convention d’arbitrage, ni même par la sentence rendue. Ni le prononcé de la sentence, ni même la participation du consommateur à la procédure d’arbitrage ne doivent ratifier le caractère abusif de la clause.

Si des doutes peuvent être émis quant à la bonne foi du consommateur et quant à la finalité réelle de son recours (exercé, par exemple, dans l’unique but d’anéantir une sentence dont il juge qu’elle lui est finalement défavorable), « le doute profite toujours à l’accusé »⁹²⁸ ; le doute portera donc toujours sur l’ignorance de ses droits par le consommateur. Suivant ce

⁹²⁶ Titre emprunté à celui utilisé par l’écrivain E. Zola dans une lettre ouverte publiée dans le journal « L’Aurore » du 13 janvier 18981 et adressée au Président de la République française (Félix Faure) au sujet de l’affaire « Dreyfus ».

⁹²⁷ A. MOURRE, « Protection des consommateurs. – Convention d’arbitrage. – Clause abusive. – Absence de réserves. – Annulation de la sentence. – Office du juge. – Ordre public communautaire. – Autonomie procédurale des États », note sous CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Journal du droit international*, avril 2007, n° 2, p. 13, *précité*.

⁹²⁸ Précepte de droit pénal exprimant la présomption d’innocence.

doute, il est moins grave pour le droit communautaire de la consommation, ni même de manière générale, d’admettre l’anéantissement d’une sentence à la suite d’une malversation du consommateur de mauvaise foi, que de prononcer, à l’encontre d’un consommateur de bonne foi, une sentence nulle trouvant sa cause dans une convention viciée par une clause abusive. Le droit des clauses abusives est indépendant des préoccupations et des règles issues de la procédure civile, ce que démontre d’ailleurs la formule de la solution de la Cour qui fait apparaître l’usage des termes « alors même » et « uniquement »⁹²⁹, preuve que la Cour a conscience des exigences de la procédure civile et qu’elle les écarte délibérément.

412. Une altération de l’autonomie procédurale. – Un auteur⁹³⁰ dénonce enfin l’atteinte progressivement portée par la jurisprudence communautaire au principe de « l’autonomie procédurale » des Etats-membres⁹³¹ depuis l’arrêt « Cofidis » et qui transparait nettement de l’arrêt « Mostaza Claro ». Il est surtout reproché à la Cour d’ouvrir la voie à une obligation du relevé d’office du juge. Dans ces arrêts, la Cour de justice rappelle que l’article 6 § 1 de la directive n° 93/13/CEE ne laisse qu’une autonomie procédurale relative aux Etats-membres⁹³² : elle s’arrête là où commence la protection des consommateurs⁹³³.

413. Un affaiblissement du principe de sécurité juridique. – Cette critique se poursuit par une remise en cause du principe de sécurité juridique, puisque la Cour ouvre la possibilité de former un recours tardif contre la compétence de l’arbitre, soit une fois la sentence rendue

⁹²⁹ Extrait de la solution de la Cour : « [...] alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation [...] ».

⁹³⁰ A. MOURRE, «Protection des consommateurs. - Convention d'arbitrage. - Clause abusive.- Absence de réserves.- Annulation de la sentence.- Office du juge.- Ordre public communautaire.- Autonomie procédurale des Etats», note sous CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Journal du droit international*, avril 2007, n° 2, p. 13, *précité* : « La marche forcée de l'Union européenne à la construction d'un ordre public communautaire l'amène à porter des coups de plus en plus rudes à l'autonomie procédurale des États ».

⁹³¹ Une autonomie consacrée par la Cour de justice (CJCE 16 décembre 1976, aff. C - 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre Landwirtschaftskammer für das Saarland*, *précité*), et que l’on peut retrouver au sein de la directive n° 93/13/CEE, aux articles 6 § 1 : «Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux [...] », et 7 § 1 : « Les États membres veillent à ce que [...] des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ».

⁹³² Sur l’autonomie procédurale des Etats-membres, v. note 349.

⁹³³ Point n° 24 de l’arrêt : « Selon une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) » (Cf. : point n° 36 de l’arrêt « Cofidis »).

(tel est en tout cas l'argument pris par les défendeurs⁹³⁴). Pour autant, cette possibilité semble être limitée par la Cour aux seuls cas de nullités fondées sur une clause abusive. De plus, il conviendrait de se demander si l'insécurité juridique tenant à la remise en cause des sentences arbitrales ne vaudrait pas mieux qu'une sentence rendue sur le fondement d'une convention d'arbitrage nulle.

La possibilité d'une interprétation de la directive et de l'arrêt « Mostaza Claro » en faveur d'une obligation dans le relevé d'office est délicate : ni les arrêts rendus jusqu'alors par la jurisprudence communautaire, ni la directive ne permettaient d'affirmer avec certitude qu'il fallait en attendre tant du juge. Après une lecture de l'ensemble des solutions rendues depuis l'arrêt « Océano », ce sont des formulations sensiblement énigmatiques qui ressortent, telles que : « le juge puisse », « le juge est compétent pour », « il appartient à la juridiction d'apprécier », « lorsque le juge constate », etc. Pourtant, l'analyse proposée de l'arrêt « Mostaza Claro » est prématurée au regard de la jurisprudence de la Cour de justice qui lui succèdera ; son paragraphe 38 a exprimé un espoir si ce n'est une prévision du juge⁹³⁵.

Tout en demeurant fidèle à la logique de l'effectivité de la protection des consommateurs, le juge communautaire a tenté de se prononcer sur le débat portant sur la faculté ou le devoir du juge de soulever d'office le caractère abusif d'une clause et d'en examiner la qualité suivant une appréciation « circonstanciée ». Le rayonnement de la consécration du relevé d'office du juge entrepris par le binôme « Océano/Cofidis » ne s'arrêtera pas là, et s'étendra plus largement, touchant des domaines plus spécifiques du droit de la consommation. Comme cela a été dit plus tôt, la cause principale du surendettement naît de la souscription de crédits à la consommation. C'est un terrain sur lequel la question du relevé d'office se pose nécessairement : le danger que présente le droit de la consommation pour les particuliers provient aussi (et surtout) du crédit à la consommation⁹³⁶.

⁹³⁴ Point n° 33 de l'arrêt : « Móvil et le gouvernement allemand font valoir que, en permettant à la juridiction d'apprécier la nullité d'une convention d'arbitrage dans les cas où le consommateur n'a pas soulevé une telle exception lors de la procédure d'arbitrage, il serait porté une atteinte grave à l'efficacité des sentences arbitrales ».

⁹³⁵ L'arrêt de la Cour du 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contre Invitel Távközlési Zrt*, précité, avait confirmé le souhait du juge lorsqu'elle avait explicitement visé le paragraphe 38 de l'arrêt « Mostaza Claro », rappelant dans son point 41, que : « La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que ledit juge soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle ». La similarité des termes choisis, à l'image d'une citation tirée tout droit d'une décision de principe, souligne la stabilité du juge communautaire dans sa position et son désir de voir une réelle obligation imposée au juge dans l'exercice de son pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause.

⁹³⁶ X. LAGARDE, « Vers un nouveau droit de la consommation. - Rapport de synthèse », *RD ban. fin.* novembre 2011, n° 6, doss. 39 : « Non pas que le crédit, par principe, serait mal distribué et qu'il serait en quelque sorte la

Les juges internes, confrontés à cette réalité, vont amener la Cour de justice à penser le relevé d’office du juge au sein de cette sphère particulière du droit de la consommation de manière plus large. Elle y sera même poussée par leur interprétation restrictive des solutions communautaires, apportant à la consécration du relevé d’office du juge sa première limite.

§ 2. Une consécration communautaire à portée limitée

La consécration de l’office du juge par la Cour de justice en 2000 et 2002 aura été largement confirmée par l’arrêt « Mostaza Claro ». Il n’en sera pas de même au sein de la jurisprudence française qui trouvera le moyen d’exclure du droit du crédit la consécration du relevé d’office du juge (I). Une exclusion à laquelle la Cour de justice remédie rapidement mais partiellement (II).

I. Le droit du crédit exclu de la consécration dans la jurisprudence interne

La Cour de cassation maintient sa jurisprudence antérieure, au regard à la fois de la théorie des nullités (A) dégagée par elle en 2000, et du délai de forclusion (B).

A. Le maintien de la jurisprudence interne de la théorie des nullités

414. Un attachement à la théorie des nullités. – La première chambre civile réaffirme sa solution « Grine » dans un arrêt rendu le 10 juillet 2002⁹³⁷, alors que les juges du fond avaient relevé d’office le moyen tiré des dispositions du Code de la consommation. En l’espèce, un professionnel du crédit avait assigné le consommateur en paiement au titre de l’engagement pris ; les juges du fond, ayant relevé d’office que l’offre préalable du contrat de crédit ne respectait pas les formes prévues à l’article L. 311-9, alinéa 2 du Code de la consommation, avaient prononcé, à l’encontre du professionnel, la déchéance de son droit aux intérêts.

Cette solution est cassée par la Cour de la même manière qu’en 2000 en ces termes : « Vu les articles L. 311-2 et L. 311-9 du Code de la consommation ; Attendu que la

fabrique du surendettement, mais que, même bien distribué, il est un pari sur l’avenir et comporte dès lors un tel risque. Spécialement l’endettement lié au crédit à la consommation, que l’on sait, dans les procédures de surendettement, plus présent que le crédit immobilier. La raison n’est pas que le crédit à la consommation est plus toxique qu’un autre. Elle est principalement qu’il donne de la trésorerie à ceux qui n’en ont pas ».

⁹³⁷ Cass, 1^{re} civ. 10 juillet 2002, n° 00-22.199, Bull. civ. 2002 I, n° 195, p. 149.

méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de celui que ces dispositions ont pour objet de protéger ».

De plus, elle maintient sa position à l'occasion d'un litige relevant du droit de la consommation le 4 décembre 2003⁹³⁸, relatif à la vérification de la créance d'une société de crédit sur un consommateur. Les juges du fond avaient relevé d'office les dispositions du Code de la consommation pour prononcer la déchéance des intérêts de la créance de la société dont l'offre préalable comportait, selon eux, « des mentions irrégulières ». Fidèle à la règle posée par la première chambre civile, la Cour décide que : « Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ».

415. Aménagements. – Cependant, et à titre d'atténuation à la règle de principe posée, elle exige du juge qu'il relève d'office un moyen d'ordre public de protection lorsque les parties l'ont invoqué.

Le 18 décembre 2002⁹³⁹, la première chambre civile de la Cour, lors d'un litige relatif à la souscription d'un contrat de fourniture et installation d'un dispositif de réception d'ondes hertziennes dont le consommateur demandait l'annulation, avait nuancé sa formule habituelle par : « [...] il en va autrement [...] ». Elle décide en effet que : « Vu l'article L. 121-26 du Code de la consommation ; Attendu que si la méconnaissance des articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont vocation à protéger, il en va autrement lorsque cette personne a manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de l'acte, fût-ce sur un autre fondement ».

Dans cet arrêt la Cour de cassation précise que le juge peut soulever d'office la violation des dispositions d'ordre public si le consommateur en a manifesté l'intention. Le juge va même plus loin en ne commandant pas au consommateur qu'il se prévale expressément de la nullité relative, puisque, à la lecture de cet arrêt, il suffit donc qu'il ait intégré cette nullité dans le débat. Cette décision est en droite ligne de la position jurisprudentielle quant au relevé d'office des moyens « dans la cause » ou « dans le débat ».

Par ailleurs, la Cour ouvre encore un peu les limites auparavant posées à l'office du juge en le libérant du fondement proposé par les parties. L'intelligence de cette décision est

⁹³⁸ Cass, 2^e civ. 4 décembre 2003, n° 02-04.162, Bull. civ. 2003 II, n° 367, p. 302, *précité*.

⁹³⁹ Cass, 1^{re} civ 18 décembre 2002, n° 99-21.121, Bull. civ. 2002 I, n° 315, p.247 ; *RTD Civ.* 2003, p. 704, note J. MESTRE et B. FAGES *précité*.

notamment saluée par Messieurs J. MESTRE et B. FAGES : « Un juge donc rectificateur, qui sait par hypothèse que la personne protégée ne voulait pas confirmer l'acte entaché de nullité relative, et qui n'hésite pas à jouer pleinement son rôle dans la défense de l'ordre public en matière contractuelle »⁹⁴⁰.

Pourtant la Cour ne fait pas preuve d’une clémence particulière quant au pouvoir du relevé d’office du juge en lui imposant de relever d’office un moyen soulevé par l’une des parties au litige, en changeant « la dénomination ou le fondement juridique », « sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Il ne fait là que son devoir, qui est de trancher le litige en droit conformément à l’article 12 du Code de procédure civile, d’autant plus qu’il s’agissait ici d’un litige relatif au démarchage et à la vente à domicile et dont on sait qu’il s’agit d’une pratique commerciale dangereuse pour le consommateur, et donc, réglementée.

416. Une formulation d’usage. – Peu importe que la Cour apporte des atténuations peu « révolutionnaires ». En effet, la formule suivante est largement reprise par la Cour de manière générale, surtout par sa première chambre civile lorsqu’elle est amenée à trancher des litiges relevant du crédit à la consommation : « Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger »⁹⁴¹.

Alors que la Cour de justice a clairement libéré le relevé d’office du juge du délai de forclusion, la Cour de cassation le conserve.

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ Cass, 1^{re} civ. 9 juillet 2003, n° 99-20.961, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 4 novembre 2003, n° 01-03.670, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 16 mars 2004, n° 99-17.957, Inédit, *SA Cofidis c/ D* ; Cass, 1^{re} civ. 16 mars 2004, n° 99-17.955, Bull. civ. 2004 I, n° 91, *SA Cofica c/ L* ; *JCP E* 7 octobre 2004, comm. 41-1479, note Y. DAGORNE-LABBE ; Cass, 1^{re} civ. 27 septembre 2005, n° 04-13.697, Inédit, *Sofinco c/ Di X* ; Cass, 1^{re} civ. 3 avril 2007, n° 06-10.468, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 2 octobre 2007, 05-17.691, Bulletin 2007, I, n° 316, *F. c/ SCI Jausiers vacances* ; *JCP CCC* janvier 2008, n° 1, comm. 29, note G. RAYMOND (dans ce dernier arrêt la Cour de cassation avait décidé que la méconnaissance des dispositions de la loi du 22 décembre 1972 en cause n’avaient vocation à protéger que les intérêts des personnes démarchées à domicile pour conclure au caractère relatif de la nullité afin de lui assortir le délai de prescription quinquennale).

B. Le maintien de la jurisprudence interne de la forclusion

417. Au regard du délai de forclusion, un arrêt doit retenir notre attention en raison de sa similitude avec l’arrêt « Cofidis » rendu par la Cour de justice : un arrêt du 23 novembre 2004⁹⁴², dans lequel on retrouve la sévérité de la Cour de cassation dans un litige opposant un prêteur à un consommateur défaillant contre lequel une action en paiement a été engagée. La solution est rendue sous l’autorité de l’ancienne législation (la réforme « MURCEF » n’est pas applicable). Néanmoins, la solution de la Cour (1) est doublement critiquable (2).

1° La solution de la Cour

La solution de la Cour révèle une franche opposition entre le juge d’instance, plutôt consumériste (a) et la Cour de cassation, bien plus « processualiste » (b).

a) Un juge d’instance consumériste

418. La procédure. – Le Tribunal d’instance a accueilli le moyen de l’emprunteur tiré de l’irrégularité de l’offre de crédit⁹⁴³ et donc la déchéance du professionnel de son droit aux intérêts. Le prêteur oppose à la « demande reconventionnelle » le moyen tiré du dépassement du délai de forclusion.

Le juge de Rochechouart a d’abord tenté de faire sortir le moyen invoqué par l’emprunteur du champ d’application de l’article L.311-37 en défendant son caractère de « moyen de défense » et non pas « d’exception »⁹⁴⁴ : « le tribunal retient qu’en droit interne le moyen tiré de la déchéance du droit aux intérêts n’a d’autre objet que de contester le montant de la créance alléguée par le prêteur, que cette contestation, fût-elle fondée sur l’irrégularité de l’offre de crédit, ne constitue pas une exception mais un simple moyen de défense [...] ». Ce faisant, le tribunal espérait libérer le « moyen de défense » du délai biennal par une application de l’adage *quae temporalia sunt agendum perpetua sunt ad excipiendum*, soit, de l’article 71 du Code de procédure civile. Le juge a même tenté d’écarter le moyen invoqué par

⁹⁴² Cass, 1^{re} civ. 23 novembre 2004, n° 03-11.411, Bull. civ. 2004 I, n° 287, p. 241, D. 2005, p. 443.

⁹⁴³ L’emprunteur remettait en cause les conditions de renouvellement du contrat : le délai de réflexion était réduit par l’effet d’une clause affectant la régularité de l’offre préalable.

⁹⁴⁴ Ce qu’une Cour d’appel était parvenue à faire dans un litige soumis à l’ancienne législation : Cass, 1^{re} civ. 7 janvier 1997, n° 94-17.320, Bull. civ. 1997 I, n° 8, p. 5.

le prêteur en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice⁹⁴⁵ et notamment de la solution.

Le juge rappelle la solution de l'arrêt « Cofidis »⁹⁴⁶ dont l'application au litige permettrait au consommateur d'échapper au délai de forclusion : « [...] par arrêt du 21 novembre 2002 la Cour de justice des communautés européennes a dit que la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat conclu entre eux, interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat, de sorte que le délai de forclusion prévu par l'article L. 311-37 du Code de la consommation doit être écarté ». En écartant le délai, le juge estime que le moyen invoqué par l'emprunteur est recevable.

La Cour de cassation ne reconnaît pas l'application de cette solution aux faits de l'espèce. Pour elle, l'exception ne survit pas à l'action.

b) Une Cour « processualiste »

419. La Cour casse la solution du juge d'instance et oppose le délai de forclusion au consommateur. Elle décide, au visa de l'ancien article L. 311-37, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation : « [...] qu'il résulte de ce texte que le délai biennal de forclusion opposable à l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable, par voie d'action ou d'exception, commence à courir à la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé ».

La solution de la jurisprudence communautaire ne permet pas d'écarter le délai de forclusion en droit du crédit ; la Cour décide que le consommateur qui a dépassé ce délai ne peut plus se prévaloir de l'irrégularité de l'offre pour se libérer du paiement des intérêts.

⁹⁴⁵ Extrait de l'arrêt reproduisant la solution du juge d'instance : « Attendu que pour rejeter cette même fin de non-recevoir, le jugement énonce encore que par arrêt du 21 novembre 2002 la Cour de justice des communautés européennes a dit que la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat conclu entre eux, interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat, de sorte que le délai de forclusion prévu par l'article L. 311-37 du Code de la consommation doit être écarté ».

⁹⁴⁶ CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA c/J.L. Fredout*, précité.

Elle considère que l'arrêt « Cofidis » est strictement rattaché aux litiges relevant du domaine des clauses abusives, et ne reconnaît la consécration du relevé d'office qu'à l'égard des dispositions issues de la directive de 1993 qui les réglemente : « [...] la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes [est] propre aux clauses abusives [...] ».

La Cour reprochait aux juges du fond de s'être fondés sur la solution rendue par l'arrêt « Cofidis » alors que s'il s'agissait d'une clause abusive dans un contrat de crédit, le consommateur avait bien invoqué l'irrégularité de l'offre de crédit sur ce motif, et demandé la déchéance du droit aux intérêts du prêteur. Il n'était pas question d'une clause abusive sanctionnée par la nullité mais bien d'une irrégularité de l'offre de crédit qui devait entraîner la déchéance du droit aux intérêts : « [...] l'offre préalable était entachée d'irrégularités qui, seules, appelaient la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, laquelle, au demeurant, n'a pas vocation à recevoir application à l'égard des clauses abusives, qui ne peuvent qu'être réputées non écrites [...] » . La Cour rend une solution qui se trouve à mi-chemin entre l'arrêt « Cofidis » et la réforme « MURCEF » : elle considère donc que si, selon l'arrêt « Cofidis », l'exception du caractère abusif de la clause survit à l'action⁹⁴⁷, l'exception de l'irrégularité n'y survit pas. Cette solution est saluée par le professeur X. LAGARDE : « Le propos est clair : il n'est pas permis de subvertir un régime par un autre et de laisser les actions se chevaucher »⁹⁴⁸.

420. Une solution « Cofidis » « hors-sujet ». – La jurisprudence de la Cour de Justice n'ayant pas, selon la Cour, vocation à s'appliquer en l'espèce, il était incohérent de se baser sur cette dernière pour prononcer la déchéance du droit aux intérêts. En effet, l'arrêt « Cofidis » ne s'était pas prononcé sur les effets du relevé d'office d'une irrégularité dans l'offre de crédit ; la question préjudicielle ne portait que sur le point de savoir si le juge était autorisé ou non à relever d'office le caractère abusif d'une clause après le dépassement du délai de forclusion. Le Tribunal de Rochechouart en avait tiré la conséquence directe de la déchéance du droit aux intérêts. Les faits étaient comparables : les deux affaires renvoyaient toute deux à l'application de l'article L.132-1 du Code de la consommation ; le juge d'instance était donc fondé à trancher le litige conformément à la solution dite « Cofidis » dont il avait cherché à faire une application extensive.

⁹⁴⁷ TI, Roubaix, 15 avril 2004 ; *Gaz. Pal.* 24 août 2004, p. 10, obs. J.-Ph. TRICOIT ; TI, Roubaix, 11 juin 2004, *SA CREATIS c/ M. Christian V.* ; *JCP CCC* août 2004, n° 8, comm. 132, note G. RAYMOND.

⁹⁴⁸ X. LAGARDE, «Crédit à la consommation: la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle», *D.* 2005, p. 2222.

La sévérité de la Cour de cassation quant à l’exercice du relevé d’office des moyens tirés du Code de la consommation en faveur du consommateur dont le délai d’action est forclos avait déjà été remarquée par rapport à la jurisprudence des juges du fond. C’était, avant la jurisprudence « Cofidis », la cause principale du « schisme » opposant les juges du fond à la Cour⁹⁴⁹. La solution rendue par la Cour de cassation est un rappel de cette jurisprudence attachée à la limite du relevé d’office du juge que pose le dépassement du délai d’action du consommateur.

2° Une solution doublement critiquable

La solution est doublement critiquable, tant sur la fixation du point de départ du délai de forclusion (a), que sur la question du relevé d’office (b).

a) Sur le point de départ du délai de forclusion

« Vu l'article L. 311-37, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 11 décembre 2001 ».

421. L’attachement de la Cour à la jurisprudence dite de la « vieille école ». – La Cour de cassation continue d’opposer la forclusion du délai aux consommateurs dans les litiges du droit du crédit à la consommation par application de l’ancien article L.311-37 issu de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 qui prévoyait que les actions devaient être engagées « [...] dans les deux ans de l’événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion [...] ». La Cour décide donc que le délai de forclusion commence à courir au moment où le contrat est « définitivement formé »⁹⁵⁰, ou « reconduit »⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ (Cf ; p. 222)

⁹⁵⁰ Cass, 1^{re} civ. 9 octobre 2001, 98-22.056, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 4 février 2003, 00-14.033, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 18 mars 2003, n° 00-18.769 Bull. civ. 2003 I, n° 83, p. 62 ; Cass, 1^{re} civ. 26 octobre 2004, 03-17.018, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 21 novembre 2006, 04-18.446, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 22 novembre 2007, 03-11.779, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, 03-16.718, Inédit.

⁹⁵¹ Cass, 1^{re} civ. 27 mai 2003, 01-12.489, Inédit : « le point de départ du délai biennal de forclusion opposable à l'emprunteur qui conteste la régularité de l'offre préalable ou de ses renouvellements, est la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé ou a été reconduit sans respect des conditions de reconduction » ; Cass, 1^{re} civ. 17 juin 2003, 01-10.866, Inédit ; Cass, 1^{re} civ. 16 mars 2004, 00-13.701, Bull. civ. 2004 I n° 90 p. 73.

La solution de la Cour instrumentalise à nouveau le délai de forclusion ; elle n'entend pas faire une application anticipée⁹⁵² de la loi « MURCEF ».

b) Sur le relevé d'office

422. Une distinction « artificielle ». – Cette solution, durement qualifiée d'« aberrante »⁹⁵³, opère une distinction artificielle entre les dispositions d'origine communautaire et celles d'origine interne afin d'entraver le pouvoir du relevé d'office du juge. Elle a apporté une limite critiquable à la consécration du relevé d'office du juge : le juge communautaire, dans les arrêts « Océano » et « Cofidis », ne visait que la directive de 1993 ; il n'avait consacré le relevé d'office que dans le domaine des clauses abusives et non dans celui du droit du crédit à la consommation. Cette absence de précision par le juge est pour la Cour le moyen d'en déduire une exception.

Cette distinction est critiquable : le délai de forclusion est précisément un délai applicable au droit du crédit à la consommation. Si l'arrêt « Cofidis » a rendu sa solution au visa de la directive de 1993, elle se prononce effectivement sur ce délai à l'occasion d'un litige relevant du droit du crédit à la consommation. De plus, la loi de 1995 comme la jurisprudence « Cofidis » permettent au juge de relever d'office une clause abusive dans un contrat de crédit. Droit du crédit et clauses abusives, qui sont bien deux matières distinctes l'une de l'autre sont pour autant voisines. En refusant de faire une application de la solution « Cofidis » au cas d'espèce, la Cour de cassation méconnaît le principe de primauté du droit communautaire.

La Cour parvient encore à rejeter les conclusions des juges du fond qui avaient toujours fait en sorte de donner à la directive de 1993 toute son effectivité et de toujours soutenir la jurisprudence du juge européen. Cette tendance des juges du fond se distingue de celle de la Cour de cassation grâce aux très nombreux jugements rendus par les Tribunaux

⁹⁵² Sur cette jurisprudence : V. AVENA-ROBARDET, «Crédit à la consommation: la première chambre civile campe sur ses positions», *D.* 2004, p. 947.

⁹⁵³ G. POISSONNIER, «Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation», *JCP CCC* mai 2009, n° 5, étude 5, *précité*.

d’instance⁹⁵⁴, représentés dans leur lutte contre les clauses abusives par le Juge de Vienne. Ces derniers peuvent récemment être rapprochés des arrêts rendus par la cour d’appel.

423. La jurisprudence de Cours d’appel. – Alors que les juges des cours d’appel étaient réputés pour être farouchement opposés au relevé d’office du juge, un arrêt a renversé cette tendance le 13 mars 2007⁹⁵⁵ à l’occasion duquel la Cour d’appel de Dijon admet que le relevé d’office du juge est possible sous la condition du respect du principe du contradictoire. Il se dégage de l’ensemble de la jurisprudence française une volonté de garantir aux plus faibles les protections prévues pour eux. Elle se dresse d’une part en tant que protectrice des consommateurs, et d’autre part en tant qu’institution attachée au respect de la justice et du droit en général, et des principes fondamentaux de la procédure civile en particulier, l’une et l’autre n’étant pas incompatibles.

Si les arrêts de la Cour de justice « penchent » clairement en faveur d’une protection du consommateur, ils ne donnent pas de précision sur la portée du relevé d’office et laissent la question flotter de manière incertaine au gré des litiges soumis aux juges nationaux. La directive de 1993 et les réponses apportées par le juge communautaire semblent donc poser des difficultés d’application quant à savoir si le juge « peut », ou « doit » relever d’office le caractère abusif d’une clause insérée dans un contrat, ou encore si son office s’exerce réellement de la même manière dans le domaine du crédit. La jurisprudence qui suit celle de « Cofidis » apporte sur ces points un éclairage devenu nécessaire pour le juge interne.

Alors que l’arrêt « Cofidis » rejetait l’opposition du délai de forclusion au relevé d’office du juge dans le domaine des clauses abusives, la Cour de cassation rappelle à nouveau les termes de sa jurisprudence constante relative à la théorie des nullités et au délai de forclusion. Elle maintient sa jurisprudence et paralyse le pouvoir du relevé d’office du juge face à un moyen tiré des dispositions réglementant le droit du crédit, que le délai soit dépassé ou non. Une précision s’impose. C’est une question préjudicielle posée par un juge du Tribunal d’instance de Saintes qui lui offre l’occasion de l’exprimer et remet en cause les arrêts précédemment rendus attachés à la théorie des nullités.

⁹⁵⁴ TI, Vienne, 14 mars 2003 JurisData n° 2003-212562, *précité*; TI, Liévin, 13 juillet 2001, JurisData n° 2001-010107, *précité*; TI, Niort, 15 mai 2002, *précité*; TI, Roubaix, 16 octobre 2003 et 11 juin 2004, JCP CCC 2004 n°s 14 et 132; TI, Saintes, 4 janvier 2006, JurisData n° 2006-297312, *précité*.

⁹⁵⁵ CA, Dijon, 13 mars 2007, ch. civ., section B, JurisData n° 2007-332154/ JurisData n°2007-038378, *précité* : « pouvait [...] relever d’office les moyens de pur droit découlant des irrégularités affectant le contrat [...] ».

II. Le droit du crédit inclus partiellement dans la consécration

La jurisprudence en faveur d’une consécration de l’office du juge avait pour point de départ l’arrêt « Cofidis » de 2002⁹⁵⁶. De manière restrictive, le juge avait consacré le relevé d’office du juge : s’agissant d’une clause abusive, il ne l’avait fait qu’au regard de la directive de 1993.

Cette consécration opérée partiellement par le juge communautaire est achevée au sein du domaine du crédit à la consommation et présente un apport considérable (A). Ce domaine va cependant soulever des difficultés liées aux caractéristiques qui lui sont propres et révéler les imperfections de l’arrêt « Rampion » (B).

A. L’apport considérable de l’arrêt « Rampion »

Par une question préjudicielle posée à la Cour de justice (1) par un juge national, cette dernière dégage une solution quant à la question du relevé d’office, à travers l’arrêt « Rampion » (2).

1° La question préjudicielle

424. C’est dans ce contexte que l’on retrouve l’impulsion donnée à l’office du juge le 4 octobre 2007, avec l’arrêt « Rampion contre Franfinance »⁹⁵⁷, mettant en jeu les dispositions de la directive 87/102 relative au crédit à la consommation⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA c/J.L. Fredout*, précité.

⁹⁵⁷ CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion et Marie-Jeanne Godard, épouse Rampion contre Franfinance SA et K par K SAS* ; *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2007, n° 347, p. 11, note G. POISSONNIER et J.-Ph. TRICOIT, précité : « [...] la CJCE invite le juge national, en vue de permettre une protection effective de l'emprunteur, à privilégier les circonstances concrètes de l'espèce lorsque ceux-ci révèlent l'existence d'un lien manifeste entre les deux contrats souscrits. Il convient de s'attacher à la réalité économique de l'opération de crédit, sans s'arrêter aux apparences, et si cela est nécessaire, à requalifier en crédit accessoire le compte permanent placé par un vendeur pour financer un bien ou prestation [...] Il faut évidemment se réjouir de cette décision qui devrait entraîner un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, permettant une protection effective du consommateur-emprunteur, lorsqu'il est victime d'un défaut de livraison ou d'une irrégularité contractuelle et incitant les professionnels du crédit à se conformer à la loi » ; G. POISSONNIER, *Gaz. Pal.* 30 mai 2009, n° 150, p. 6, note sous TI, Saintes, 7 janvier 2009 : « La procédure Rampion a contribué, pour une large part, à la reconnaissance du rôle actif du juge en droit de la consommation, condition indispensable à l'effectivité de la protection des consommateurs et à la régulation du marché ».

⁹⁵⁸ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 « relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation » abrogée par la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 « concernant les contrats de crédit aux consommateurs ».

425. Faits et procédure. – En l’espèce, le consommateur (les époux Rampion) avait commandé des fenêtres ; il avait souscrit un crédit auprès du professionnel Franfinance. A la suite de difficultés, les époux Rampion demandent la résiliation du contrat de vente, soulignant un manquement du professionnel-vendeur à certaines de ses obligations, et par conséquent celle du contrat de crédit. Mais la société de crédit estime qu’il n’y a pas « interdépendance »⁹⁵⁹ entre les deux contrats, la mention du bien financé ne figurant pas sur l’offre de crédit⁹⁶⁰.

Après le relevé d’office par le juge de moyens tirés du Code de la consommation, le Tribunal d’instance de Saintes⁹⁶¹ décide, le 16 novembre 2005, de poser une question préjudicielle au juge communautaire afin de connaître l’étendue du pouvoir de relevé d’office du juge au regard des dispositions transposant en droit interne l’article 11 § 2 de la directive de 87/102 (soit, les articles L.311-20 et L.311-21 du Code de la consommation⁹⁶²), ainsi que l’application en l’espèce de ces dernières : « 1) Les articles 11 et 14 de la directive 87/102/CEE [...] doivent-ils être interprétés en ce sens qu’ils permettent au juge d’appliquer les règles d’interdépendance entre le contrat de crédit et le contrat de fourniture de biens ou de services financé grâce à ce crédit, lorsque le contrat de crédit ne fait pas mention du bien financé ou a été conclu sous la forme d’une ouverture de crédit sans mention du bien financé ? » et enfin : « 2) La directive 87/102/CEE [...] a-t-elle une finalité plus large que la seule protection des consommateurs s’étendant à l’organisation du marché et permettant au juge d’appliquer d’office les dispositions qui en découlent ? »

⁹⁵⁹ Sur l’interdépendance ou l’indivisibilité des ensembles de contrats incluant une location financière, en présence d’une clause de divisibilité : Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, Bull. civ. 2013, Ch. mixte, n°1 : « Attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s’inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats *inconciliables avec cette interdépendance* ».

⁹⁶⁰ Point n° 14 de l’arrêt *Rampion*.

⁹⁶¹ TI, Saintes, 16 novembre 2005, *précité*.

⁹⁶² Ces derniers, modifiés par la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, sont désormais prévus aux articles L.311-31 et L.311-32 du Code de la consommation. Article L.311-20 (ancien) du Code de la consommation : « Lorsque l’offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financé, les obligations de l’emprunteur ne prennent effet qu’à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation ; en cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, elles prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d’interruption de celle-ci. Le vendeur ou le prestataire de services doit conserver une copie de l’offre préalable remise à l’emprunteur et la présenter sur leur demande aux agents chargés du contrôle » ; article L.311-21 alinéa 1^{er} (ancien) du Code de la consommation : « En cas de contestation sur l’exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu’à la solution du litige, suspendre l’exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé ».

426. La difficulté de la consécration ciblée. – La difficulté pour le juge national est que les arrêts « Océano » et « Cofidis » ne consacrent le relevé d’office du juge qu’au regard des clauses abusives et des dispositions de la directive de 1993 spécifiquement visées dans les solutions rendues. Cette consécration ciblée a d’ailleurs nui à l’effectivité de la protection des consommateurs ; la solution de la Cour de cassation de novembre 2004 en est l’illustration. Le juge du tribunal d’instance cherche donc à savoir si le raisonnement tenu par la Cour dans ces deux arrêts peut être suivi de la même manière à l’égard des dispositions de la directive 87/102. Si la Cour répond de manière positive aux deux questions, le juge national sera en mesure de relever d’office les dispositions en faveur du consommateur issues de la directive de 1987, et d’accéder à sa demande tenant à la résiliation du contrat de crédit.

2° La solution de l’arrêt « Rampion »

La Cour considère que la directive 87/102 suscite la même analyse que celle de la directive de 1993 qui lui a permis de consacrer le relevé d’office du juge dans les arrêts « Océano » et « Cofidis »⁹⁶³. Elle relève en effet que la directive de 1993 avait pour but d’assurer la protection des consommateurs ; il en est de même pour la directive 87/102 qui vise, à travers son article 11 § 2, « [...] à conférer au consommateur, dans des circonstances bien définies, des droits vis-à-vis du prêteur [...] »⁹⁶⁴.

427. Le principe d’effectivité. – En effet, la disposition de la directive énumère cinq cas ouvrant droit au consommateur d’exercer un recours contre le prêteur. Dès lors que le droit communautaire accorde des droits au consommateur dont il peut se prévaloir à l’encontre d’un professionnel, la « présomption d’ignorance » du consommateur de ces derniers implique une intervention du juge. Faute de quoi, c’est l’effectivité de la protection prévue par la directive, et donc de la directive elle-même, qui est mise en péril.

La Cour reconnaît donc d’abord que « [...] les articles 11 et 14 de la directive 87/102 doivent être interprétés en ce sens qu’ils s’opposent à ce que le droit d’exercer un recours,

⁹⁶³ Point n° 63 de l’arrêt : « Ainsi que l’on fait valoir les gouvernements espagnol et italien ainsi que la Commission et comme l’a relevé M. l’avocat général aux points 102 et suivants de ses conclusions, ces considérations sont également valables en ce qui concerne la protection des consommateurs prévue à l’article 11, paragraphe 2, de la directive 87/102 ».

⁹⁶⁴ Point n° 64 de l’arrêt : « À cet égard, il y a lieu de rappeler que cet article 11, paragraphe 2, tout en poursuivant le double objectif évoqué au point 59 du présent arrêt, vise à conférer au consommateur, dans des circonstances bien définies, des droits vis-à-vis du prêteur en plus de ses droits contractuels normaux à l’égard du prêteur et à l’égard du fournisseur des biens ou des services (voir point n° 42 du présent arrêt) ».

prévu à l'article 11, paragraphe 2, de cette directive et dont bénéficie le consommateur à l'encontre du prêteur, soit subordonné à la condition que l'offre préalable de crédit mentionne le bien ou la prestation de services financé »⁹⁶⁵. Cette solution implique que le consommateur est fondé à demander la résiliation du contrat de crédit conséquemment à celle du contrat de vente en raison du droit d'exercer un recours dont il bénéficie en vertu de la directive.

Dans la seconde partie de sa solution, la Cour européenne en conclut alors que le juge peut relever d’office une disposition protectrice du consommateur transposant dans le Code de la consommation la directive de 1986 à la place du consommateur. En effet selon elle : « La directive 87/102, telle que modifiée par la directive 98/7, doit être interprétée en ce sens qu'elle permet au juge national d'appliquer d'office les dispositions transposant en droit interne son article 11, paragraphe 2 ». La solution rendue par la Cour se distingue de la jurisprudence issue de l’arrêt « Océano »⁹⁶⁶ en ce qu'elle reconnaît au juge le pouvoir d'appliquer d’office des dispositions de transposition de la directive de 1987.

Il ne s’agit pas de répondre à la question du relevé d’office du caractère abusif d’une clause au regard de celle de 1993, mais de savoir si de la formalité de la mention du bien financé dans l’offre de prêt découle l’interdépendance du contrat principal avec le contrat de prêt ; la Cour répond positivement, dans la première partie de sa solution : elle considère que la directive 87/102 s'oppose « [...] à ce que le droit d'exercer un recours, prévu à l'article 11, paragraphe 2, de cette directive, telle que modifiée, et dont bénéficie le consommateur à l'encontre du prêteur, soit subordonné à la condition que l'offre préalable de crédit mentionne le bien ou la prestation de services financé »⁹⁶⁷.

428. La portée de l’arrêt « Rampion ». – En s’inspirant de sa jurisprudence dite « Océano Grupo » et « Cofidis », la Cour étend le relevé d’office reconnu dans le domaine des clauses abusives à celui du crédit à la consommation. La Cour de justice en profite pour rejeter une interprétation limitative effectuée par la première chambre civile de la Cour à travers l’arrêt du 23 novembre 2004⁹⁶⁸ restreignant la portée de la jurisprudence consacrant le relevé d’office du juge (notamment l’arrêt « Cofidis ») aux dispositions issues de la directive

⁹⁶⁵ Point n°50 de l’arrêt *Rampion*.

⁹⁶⁶ CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*, précité.

⁹⁶⁷ L’arrêt de la Cour de justice rappelle celui rendu par la Cour de cassation en 1992 et qui avait justement conclu à l’interdépendance du contrat principal et du contrat de crédit pour rendre une solution en faveur du consommateur : Cass, 1^{re} civ. 7 juillet 1992, n° 89-15.383, Bull. civ. 1992 I, n° 224, p. 149, *époux Yan Ken c/ Ufith* précité (Cf. : note 238)

⁹⁶⁸ Cass, 1^{re} civ. 23 novembre 2004, n° 03-11.411, Bull. civ. 2004 I, n° 287, p. 241, précité (cf. note 417).

de 1993⁹⁶⁹. La réponse du juge communautaire en faveur du relevé d’office du juge visait spécifiquement cette directive et donc le domaine strict des clauses abusives. En admettant le relevé d’office aux dispositions issues de la directive 87/102 réglementant le droit du crédit à la consommation, la Cour de justice remet en cause la solution de la première chambre civile de la Cour de cassation.

429. Un abandon définitif de la théorie des nullités. – La Cour de justice neutralise la théorie des nullités au regard de l’application du droit du crédit à la consommation issu de la directive 87/102. En décidant que la directive relève à la fois de la protection du consommateur et du droit du marché, elle fait appartenir les dispositions de la directive tant à l’ordre public de protection qu’à celui de direction.

Lorsqu’elle confronte la jurisprudence « Grine » à cette solution⁹⁷⁰, elle entend y mettre un terme : « Or, la Cour a itérativement constaté que, ainsi qu’il ressort de ses considérants, la directive 87/102 a été adoptée dans le double objectif d’assurer, d’une part, la création d’un marché commun du crédit à la consommation [...] et, d’autre part, la protection des consommateurs souscrivant de tels crédits [...] »⁹⁷¹.

Si d’autres arrêts antérieurs allaient dans le même sens⁹⁷² (et qu’elle vise précisément) c’est bien l’arrêt « Rampion » qui opère l’abandon de la jurisprudence interne en la remettant directement et expressément en cause.

La théorie de la nullité relative aura vécu sept ans au sein du droit du crédit.

⁹⁶⁹ La Cour en profite aussi pour reconnaître l’interdépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit, assurant une protection effective des consommateurs; G. POISSONNIER et J.-Ph. TRICOIT, « La CJCE consacre le relevé d’office en droit de la consommation », note sous CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Gaz. Pal.* 13 décembre 2007, n° 347, p. 11, *précité*.

⁹⁷⁰ Point n° 58 de l’arrêt : « La question relative à la finalité de la directive 87/102 est posée dans le contexte spécifique de la jurisprudence de la Cour de cassation (France) qui opère, ainsi qu’il ressort de la décision de renvoi et notamment des observations du gouvernement français, une distinction entre les règles d’ordre public de direction, prises dans l’intérêt général et qui peuvent être relevées d’office par le juge, et celles relevant de l’ordre public de protection, prises dans l’intérêt d’une catégorie de personnes et qui ne peuvent être opposées que par les personnes appartenant à cette catégorie. La réglementation relative au crédit à la consommation relèverait de ces dernières règles ».

⁹⁷¹ Point n° 59 de l’arrêt.

⁹⁷² Arrêts du 23 mars 2000, *Berliner Kindl Brauerei*, C-208/98, Rec. p. I-1741, point n° 20, et du 4 mars 2004, *Cofinoga*, C-264/02, *précité*, point n° 25.

B. L’imperfection de l’arrêt « Rampion »

L’imperfection de la solution « Rampion » est double : elle porte sur la restriction du champ d’application de la consécration du relevé d’office du juge (1), et sur le silence gardé par la Cour de justice quant aux effets de cette consécration (2).

1° La restriction du champ d’application de la consécration

Le champ d’application de la consécration du relevé d’office en droit communautaire est étendu (a) ; mais elle entraîne une scission en droit de la consommation (b).

a) Une consécration communautaire étendue

Si on peut regretter que la Cour de justice ait encore une fois restreint la consécration du relevé d’office aux dispositions issues d’une directive en visant celle de 1987, les développements qui accompagnent la réponse de la Cour invitent à l’extension du relevé d’office. Avec les arrêts « Cofidis et Cie », le relevé d’office n’est reconnu qu’à l’égard du droit des clauses abusives et notamment de la directive de 1993. Si on est au premier abord déçu de voir qu’il en est de même à l’égard du droit du crédit à la consommation dans l’arrêt « Rampion », l’interprétation de la décision par la doctrine sera optimiste.

430. L’optimisme maintenu. – Cette déception n’est pas celle des magistrats Ph. FLORES, et G. BIARDEAUD : « Le principe dégagé par la Cour de Luxembourg est manifestement transposable à toutes les directives relevant de la protection des consommateurs et, au premier chef, au crédit à la consommation. En l’état actuel des textes, les exigences communautaires en matière de crédit restent réduites, tenant pour l’essentiel au taux annuel effectif global et à l’interdépendance entre le contrat de vente ou de fournitures de service et le crédit, mais la prochaine intégration de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 élargira de façon très substantielle les normes d’origine communautaire »⁹⁷³. Un avis partagé par une autre partie de la doctrine, pour laquelle la décision rendue à propos de la directive de 1987 serait légitime à l’égard de toute directive protectrice du consommateur : « Cet arrêt a apporté des précisions bienvenues sur la nature des dispositions contenues par la directive

⁹⁷³ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

n°87/102/CEE, extrapolables à toutes les directives touchant la protection du consommateur »⁹⁷⁴.

b) Une scission du droit de la consommation

431. Une solution transposable à toutes les directives, rien que les directives. – L’optimisme de la doctrine doit être nuancé. La solution rendue par « Rampion » est effectivement transposable à toutes les directives ; mais elle crée dans le même temps une scission entre les dispositions issues de normes communautaires, qui peuvent être relevées d’office, et celles issues du droit interne, toujours soumises à la controverse relative au relevé d’office du juge (et notamment à la théorie des nullités). Le juge pourra relever d’office les dispositions issues des lois de transposition des directives de protection du consommateur, mais il sera toujours soumis à la jurisprudence « Grine » pour celles issues du droit interne.

Cependant cette atténuation du champ d’application de la consécration du relevé d’office du juge est à nuancer : un très grand nombre de dispositions sont effectivement issues du droit communautaire.

En 2004, la Cour n’avait pas seulement refusé l’application de la jurisprudence communautaire au motif qu’elle était propre au domaine des clauses abusives ; elle l’avait aussi fait parce que cette jurisprudence n’avait pour effet que de réputer ces clauses « non écrites », tandis que le relevé d’office d’une irrégularité de l’offre de crédit entraîne, lui, la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur. Le relevé d’office du juge en droit du crédit n’emportant pas les mêmes conséquences que celui du droit des clauses abusives, l’analyse de ses effets s’impose.

2° Le silence quant aux effets de la consécration

L’arrêt « Rampion » répond au juge quant au relevé d’office des dispositions de protection tirées de la directive de 1987 ; la Cour ne se prononce pas quant aux effets d’un tel relevé d’office qui s’accompagne de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts. Le silence de l’arrêt « Rampion » sur cette difficulté résulte du fait que la question de la déchéance ne lui a pas été posée. Celle-ci est toujours en suspens : *quid* des limites tirées des

⁹⁷⁴ E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, «Droit de la consommation - janvier 2008 - décembre 2008», *D.* 2009, p. 393.

sanctions du crédit à la consommation ? (a). C'est une interprétation de la solution quant aux effets du relevé d'office (b) qui permettra de trouver une réponse relativement satisfaisante.

a) *Quid* des limites tirées des sanctions du crédit à la consommation ?

432. La déchéance une « peine privée ». – Le relevé d'office d'une irrégularité au contrat de crédit entraîne le prononcé de la sanction qui lui est attachée, à l'encontre du professionnel, soit la déchéance de son droit aux intérêts. Bien plus qu'une sanction civile classique, comme la nullité, cette dernière est considérée comme une « peine privée »⁹⁷⁵, relevant d'un régime particulier⁹⁷⁶. Dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si le juge pouvait relever d'office une disposition qui permettrait au consommateur de former un recours contre le prêteur ; mais il n'était pas question d'une irrégularité de l'offre de crédit : le contrat de crédit ne précisait simplement pas le bien financé. Lorsque le juge d'instance demande à la Cour de justice si la jurisprudence relative aux clauses abusives (celle « Océano » et « Cofidis ») est applicable au droit du crédit à la consommation, il implique la question de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts.

433. La déchéance et la Conv. EDH. – La difficulté de cette question est soulignée par le prêteur (Franfinance) qui interroge l'incompatibilité du relevé d'office avec le droit du crédit à la consommation : un tel relevé d'office dans cette matière soulève la question de la déchéance du droit aux intérêts qui découle de l'irrégularité, alors qu'en droit des clauses abusives, le caractère abusif de la clause n'entraîne que la nullité de la clause, sans conséquences « punitives » pour le professionnel. Une consécration du relevé d'office du juge en droit du crédit est confrontée par le professionnel à la méconnaissance de l'article 6 de la

⁹⁷⁵ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 745 : « Désigne parfois une sanction infligée en matière civile (et non pénale), mais à titre de punition (et non de réparation). Perte infligée à titre de sanction punitive, dans les cas spécifiés par la loi, à l'auteur d'agissements frauduleux, en général accomplis au détriment d'un cocontractant ou d'un cohéritier [...] dont le profit va (d'où le qualificatif privé) à la victime de ces agissements, laquelle reçoit un avantage finalement supérieur au préjudice qu'elle avait subi » ; S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 686 : « Sanction civile que la loi inflige, parfois, à l'auteur d'agissements déloyaux et qui aboutit à conférer un avantage à la personne qui en est victime » ; X. LAGARDE, «Crédit à la consommation: la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle», *D.* 2005, p. 2222, *précité* : « En réalité, le réputé non écrit est bien moins qu'une nullité tandis que la déchéance est au contraire bien plus que cette dernière. [...] La nullité a pour objet le contrat [...] tandis que la déchéance a pour objet le prêteur [...]. En un mot, la déchéance s'apparente à une peine privée » ; sur les peines privées dans le droit des médias, v. E. DREYER, «La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée», *JCP G* 22 octobre 2008, vol. I, n° 43, 201 ; l'auteur souligne « [...] l'ambiguïté de la notion de "peine privée" qui, tout en relevant du droit civil, emprunte le vocabulaire du droit pénal ».

⁹⁷⁶ Un régime particulier qui avait été celui de la théorie des nullités pour la Cour de cassation.

Convention Européenne des Droits de l'Homme⁹⁷⁷, par la nature de « peine privée » de la déchéance du droit aux intérêts.

Au regard de la difficulté que pose la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, on se rappelle de la théorie des nullités dégagée par la jurisprudence « Grine » à laquelle renvoient les arrêts rendus de 2002 à 2004 et qui reproduisent sa solution⁹⁷⁸ : pour la Cour de cassation, le droit du crédit à la consommation y est toujours soumis.

434. La déchéance et le principe dispositif. – Le gouvernement français dénonce aussi une violation des principes de notre procédure civile qui lui interdisent de dépasser les termes du litige (s'appuyant sur l'arrêt « Van Schijndel et van Veen » du 14 décembre 1995⁹⁷⁹). A l'inverse, le professeur G. RAYMOND, s'appuyant sur l'arrêt « Cofidis » précédemment rendu par la Cour de justice, considère que le relevé d'office (permis par le biais de l'article 12 du CPC) entraînait nécessairement le prononcé de la déchéance du droit aux intérêts⁹⁸⁰. Pourtant, une interprétation restrictive de l'article s'oppose à celle du professeur RAYMOND, et considère que les pouvoirs du juge accordés par l'article 12 ne peuvent pas s'affranchir du principe dispositif. Sans s'opposer à l'idée d'un devoir ou d'un pouvoir de relever d'office du juge à travers l'article 12 du CPC, le professeur I. FADLALLAH et Madame C. BAUDE-TEXIDOR estiment que le principe de l'immutabilité du litige ne permet pas au juge de prononcer la déchéance du droit aux intérêts si celle-ci ne fait pas partie

⁹⁷⁷ Point n° 66 de l'arrêt : « Franfinance fait toutefois valoir que la seconde question posée vise en réalité à autoriser le prononcé d'office de la sanction prévue en droit français en cas d'absence de certaines mentions qui, selon ledit droit, doivent figurer dans l'offre préalable relative à un crédit affecté, à savoir la déchéance du prêteur de son droit aux intérêts. Or, il s'agirait là d'une véritable « peine privée » qui ne pourrait jamais être prononcée d'office sans violation du principe dispositif et du droit à un procès équitable consacré à l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 ».

⁹⁷⁸ Cf. note 421.

⁹⁷⁹ CJCE, 14 décembre 1995, aff. jointes C-430/93 et C-431/93, *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornells van Veen contre Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* : « Le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande ».

⁹⁸⁰ G. RAYMOND, « Clauses abusives et délai de forclusion », note sous CJCE 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *JCP CCC* février 2003, n° 2, comm. 31, *précité* : « Le droit communautaire des clauses abusives prime sur le délai de forclusion de l'article L. 311-37 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001. Le juge d'instance peut donc relever le caractère abusif d'une clause insérée dans un contrat de crédit à la consommation, et partant, prononcer la déchéance du droit aux intérêts, même si le délai de forclusion est dépassé ».

des prétentions des parties⁹⁸¹. Cet avis est largement partagé et développé par l'avocat B. SOLTNER pour qui : « l'ordre public, qu'il soit de protection ou de direction, n'autorise jamais le juge à se substituer à une partie en formulant une prétention à sa place »⁹⁸².

En soulevant ce point devant la Cour de justice⁹⁸³, le gouvernement démontre que la question de la déchéance du droit aux intérêts quant au relevé d'office emporte un malaise persistant⁹⁸⁴.

b) Une interprétation de la solution quant aux effets du relevé d'office

L'argument est balayé par la Cour : elle ne s'est pas prononcée sur ce point qui n'apparaît pas dans la question préjudicielle. La question posée par le Tribunal de Saintes ne fait qu'évoquer le relevé d'office du juge et non pas les conséquences de celui-ci. La Cour de justice insiste sur le fait que la solution rendue par elle dans l'arrêt « Rampion » ne concerne « [...] que l'article 11, paragraphe 2, de la directive 87/102 ainsi que les dispositions assurant sa transposition en droit interne [...]. Elle rappelle que dans sa décision, le juge de renvoi ne fait aucunement état d'une éventuelle sanction consistant en la déchéance du prêteur de son droit aux intérêts »⁹⁸⁵. La Cour de justice se contente donc de gommer les doutes du juge d'instance, sans en tirer les conséquences sur lesquelles il n'était pas consulté.

435. Déchéance, une sanction « absolue ». – Au regard de la jurisprudence antérieure, une partie de la doctrine en déduit que la Cour de Justice, en consacrant ici le relevé d'office du juge sans en relever les conséquences, n'impose pas à ce dernier de prononcer la sanction civile attachée au moyen relevé d'office ; cette sanction devrait être demandée par le

⁹⁸¹ I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.* 2003, p. 750, *précité*.

⁹⁸² B. SOLTNER, « Office du juge et règles protectrices de l'emprunteur », *RD ban. fin.*, mai 2004, n° 3, doss. 100037.

⁹⁸³ Point n° 67 de l'arrêt.

⁹⁸⁴ Ce malaise avait entraîné l'apparition de la théorie de la nullité relative par la Cour de cassation (Cf. note 299).

⁹⁸⁵ Point n° 68 de l'arrêt : « À cet égard, il y a lieu de constater que la seconde question posée ne concerne, ainsi qu'il ressort des points 55 et 57 du présent arrêt, que l'article 11, paragraphe 2, de la directive 87/102 ainsi que les dispositions assurant sa transposition en droit interne, en l'occurrence, selon la juridiction de renvoi, les articles L. 311-20 et L. 311-21 du code de la consommation. Dans sa décision, le juge de renvoi ne fait aucunement état d'une éventuelle sanction consistant en la déchéance du prêteur de son droit aux intérêts. Il n'a pas non plus été soutenu devant la Cour que ces dispositions du code de la consommation prévoient cette sanction. Aussi, les arguments repris aux points précédents ne sont-ils pas pertinents dans le cadre de la présente analyse, qui n'englobe pas la question de savoir si le juge national a la faculté de prononcer d'office une sanction telle que celle dont fait état Franfinance ».

consommateur⁹⁸⁶. Une telle conclusion vide de sens la consécration du relevé d’office effectuée par la Cour. Elle réduirait l’impact du relevé d’office dans le domaine du crédit à la consommation⁹⁸⁷.

Au contraire, en abandonnant expressément la théorie des nullités, par une référence explicite à la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour donne dans le même temps une réponse à la question des effets du relevé d’office en droit du crédit : si le droit du crédit à la consommation est autant de protection que de direction, les effets qui l’accompagnent sont nécessairement eux aussi autant de direction que de protection. La peine « privée » attachée à la méconnaissance d’une irrégularité peut être relevée d’office sans violer l’article 6 §1 de la Conv. EDH.

Le livre vert de 2001⁹⁸⁸ avait exprimé le désir de voir le droit de la consommation non pas régi par les interprétations ponctuelles de la Cour de justice mais par les Etats eux-mêmes soutenus par la Commission⁹⁸⁹. C’est dans cette optique, en tout cas dans cette direction, que le législateur communautaire est ensuite à nouveau intervenu dans le sens d’une affirmation de l’office du juge en droit de la consommation. Ce dernier encouragera le législateur national à accorder aux juges une certaine autonomie au moyen d’une réforme du Code de la consommation surprenante mais pas particulièrement inattendue.

Le législateur a contribué à la protection du consommateur par la réforme de l’article L.311-37 du Code de la consommation malgré de légères imperfections. La difficulté du relevé d’office « hors délais » est résolue mais la controverse demeure : celle relative à l’intensité du relevé d’office du juge⁹⁹⁰. La Cour de justice ne s’est pas prononcée expressément sur la question des effets de l’irrégularité de l’offre de prêt, qui ne se posera bientôt plus.

⁹⁸⁶ G. RAYMOND, «Saisine d'office du juge national », note sous CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *R. c/ Franfinance*, JCP CCC décembre 2007, n° 12, comm. 310 : « Si donc, l’emprunteur ne demande pas la sanction, celle-ci ne sera pas prononcée. C’est bien en ce sens que se prononce la Cour de justice [...] ».

⁹⁸⁷ B. GORCHS, «Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée», *D.* 2010, p. 1300, *précité* : « Ce raisonnement montre ses failles en matière de crédit à la consommation où la méconnaissance du formalisme est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts ».

⁹⁸⁸ Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, 2 octobre 2001 (COM/2001/0531) : « Il a été démontré que l'autorégulation constitue un complément potentiellement utile à la réglementation qui peut réduire la nécessité d'une législation très détaillée et comporter des avantages pour les consommateurs ».

⁹⁸⁹ M. LUBY, «TROP NE VAUT RIEN! (Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)», *JCP CCC*, janvier 2004, n° 1, p. 6, *précité*.

⁹⁹⁰ La Cour déclare, en réponse à la seconde question posée, que la directive visée « [...] permet au juge national d'appliquer d'office les dispositions [...] ».

CONCLUSION DE CHAPITRE

Source de normes en droit de la consommation, l'intervention du droit européen dans la controverse est nécessaire. Son intervention, par le biais de la transposition des directives édictées par le législateur permet d'assurer une uniformité des réglementations du droit de la consommation au sein des différents Etats-membres. Leur interprétation des directives doit être conforme à l'esprit et à l'objectif poursuivi par le législateur ; la question préjudicielle qui permet au juge de connaître précisément la direction à prendre au regard du litige qui lui est soumis sera un outil majeur dans le processus de consécration du relevé d'office du juge.

436. L'autonomie procédurale parfois reconnue aux Etats-membres dans leur application du droit de l'Union est limitée par le principe d'effectivité et qui touche précisément la question du relevé d'office du juge : en commandant aux Etats-membres d'assurer aux consommateurs l'exercice des droits dont ils disposent en vertu du droit européen de la consommation, il vise la manière dont le relevé d'office doit être envisagé en droit interne pour assurer l'effectivité du droit de la consommation.

Cette exigence est rappelée au sein de l'arrêt « Cofidis ». La décision rendue marque l'anéantissement de la jurisprudence de la Cour de cassation, d'autant que la question préjudicielle émane du juge de Vienne. Mais elle ne vise que les clauses abusives et laisse le droit du crédit en retrait de la consécration qu'elle opère. L'arrêt « Rampion » intervenu plus tard n'y fera rien, car il ne se prononcera pas sur la déchéance du droit aux intérêts, sanction pourtant phare du droit du crédit à la consommation et conséquente à la fois pour le consommateur et le professionnel. Pour le droit interne, cette sanction révèle un caractère punitif et donc « privé », et ne peut être prononcée par le juge si elle n'apparaît pas dans les prétentions des parties. A défaut, le juge viole l'immutabilité du litige et le procès équitable. Une consécration du relevé d'office dans cette matière semble alors difficile.

Une dichotomie s'opère entre clauses abusives et droit du crédit, dans la consécration du relevé d'office. Toujours est-il que la Cour ne pourra plus fermer les yeux très longtemps face à la jurisprudence communautaire grandissante en faveur du relevé d'office du juge. Sa réserve suite à l'arrêt « Cofidis » ne pourra pas être maintenue plus longtemps. Le législateur met un point final à la controverse. Un point final, vraiment...?

CHAPITRE 2

LE RELEVÉ D'OFFICE CONSACRÉ PAR LE LÉGISLATEUR COMMUNAUTAIRE

437. Deux directives intervenues avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne apporteront des améliorations au droit de la consommation ; le débat de l'office du juge au sein de cette matière s'élargira. Il ne s'agit plus seulement de protéger les consommateurs, mais de développer le droit du marché. Ces considérations révélaient un objectif beaucoup plus large que la seule protection du consommateur. La volonté d'encadrer une activité au sein du marché est clairement affirmée. Le législateur français ne pensait pas différemment lors de la discussion de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur. Son rapporteur, L. CHATEL, exposait que « [...] la consommation est au cœur de la vie de nos concitoyens »⁹⁹¹.

La préoccupation du juge communautaire d'assurer l'effet utile du droit communautaire s'est exprimé lorsque le législateur communautaire, par une directive de 2005, a consacré l'« effet utile » du Code de la consommation. En effet, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la directive du 11 mai 2005, il sera possible d'effectuer ce rapprochement. Cette dernière, « relative aux pratiques commerciales déloyales »⁹⁹² a réformé le droit de la consommation des Etats-membres par un ensemble de dispositions destinées à la protection des consommateurs. Adoptée le 11 mai 2005 par le Parlement européen et le Conseil, la directive régit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, distinguant celles

⁹⁹¹ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

⁹⁹² Directive Européenne n°2005-29 du 11 mai 2005 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur » et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (directive sur les pratiques commerciales déloyales).

dites « trompeuses » de celles « agressives ». Il s'agit pour le législateur communautaire d'imposer aux Etats-membres un niveau d'harmonisation maximal de la directive, soit un niveau élevé de protection en faveur du consommateur. Cette dernière manifeste d'ailleurs clairement son désir de protection du consommateur en ces termes : « La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard »⁹⁹³. La Cour de justice est finalement suivie par le législateur communautaire qui se fait le messenger de cette consécration du relevé d'office du juge à l'égard du droit français. Au regard de la jurisprudence rendue par la Cour, on s'aperçoit que l'harmonisation des directives se réalise à travers le relevé d'office du juge.

La loi « Chatel » de transposition participe de cet « effet utile » du droit de la consommation (**Section 1**) tout comme la jurisprudence (**Section 2**). Cette loi sera l'occasion pour le droit interne de prolonger la démarche du législateur communautaire pour réduire les écarts et s'aligner sur les exigences du législateur en termes de protection des consommateurs.

⁹⁹³ Considérant n°8 de la directive. La Cour de cassation avait jugé qu'un professionnel ne pouvait pas être accusé d'user de pratiques commerciales déloyales dès lors que le fait de s'abstenir de mentionner certaines informations n'influait pas le client dans sa manière de consommer (Com. 29 novembre 2011, n° 10-27.402, Bull. civ. 2011 IV, n° 195).

SECTION 1

LA LOI « CHATEL » ET L’« EFFET UTILE » DU DROIT DE LA CONSOMMATION

438. Loi dite « Chatel »⁹⁹⁴ du 3 janvier 2008, complétée par la loi « LME » du 4 août 2008⁹⁹⁵, achève avec plusieurs mois de retard⁹⁹⁶ la transposition en droit interne de la directive du 11 mai 2005 par l’insertion dans le Code de la consommation des articles L. 120-1 et suivants. La première des deux lois, dont la portée bouleversera le relevé d’office du juge au sein du droit de la consommation, retiendra notre attention.

439. La loi « Chatel » de transposition de la directive. – La transposition de la directive débute par un projet de loi pour le « Développement de la concurrence au service des consommateurs » soutenu par le gouvernement, d’abord déposé à l’Assemblée nationale, le 8 novembre 2006⁹⁹⁷ par le ministre de l’Économie. L’Assemblée nationale adopte le projet de loi le 20 décembre 2007 ; la loi sera ensuite publiée au Journal Officiel du 4 janvier 2008⁹⁹⁸. Le projet du gouvernement était avant tout centré sur l’introduction d’une action de groupe en droit français, et prévoyait plusieurs dispositions relatives au contrat du commerce électronique. Ce projet envisageait aussi, en son article 4, un accroissement considérable des pouvoirs du juge en matière de lutte contre les clauses abusives. Il prévoyait : que le juge puisse soulever d’office le caractère abusif d’une clause en posant le principe que les

⁹⁹⁴ Du nom de Luc CHATEL, secrétaire d’Etat chargé de la consommation et du tourisme.

⁹⁹⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 « de modernisation de l’économie » (LME). C’est la Commission européenne qui avait souhaité préciser le texte de la loi de janvier 2008 par le biais de la loi LME, qui devait aussi servir à transposer l’annexe n° 1 de la directive établissant une liste des pratiques déloyales dans notre droit, et reportée à l’article L.121-1-1 du Code de la consommation (articles 83 et 84 de la loi).

⁹⁹⁶ G. CORNU, « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », Rapport n°111 (2007-2008) de la commission des affaires économiques, déposé devant le Sénat le 5 décembre 2007 : « L’article 12 bis, inséré à l’initiative de la commission des lois de l’Assemblée nationale, transpose en droit interne une directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. Il convient de relever que cette transposition aurait dû être effectuée avant le 12 juin 2007 ».

⁹⁹⁷ Assemblée Nationale, *Projet de loi en faveur des consommateurs*, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 8 novembre 2006, présenté au nom de M.D. DE VILLEPIN, Premier ministre, par M. T.BRETON, ministre de l’économie, des finances et de l’industrie : « En outre, conformément à la jurisprudence communautaire et au principe de l’effet utile de la directive 93/13/CE précitée, le projet de loi renforce les pouvoirs du juge en matière de lutte contre les clauses abusives en lui permettant, à l’occasion d’un litige entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, de soulever d’office le caractère abusif d’une clause et de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans les contrats identiques déjà conclus par les consommateurs ou les non-professionnels avec le même professionnel. À cet effet, il est proposé d’aménager le chapitre II du titre III du code de la consommation relatif aux clauses abusives en créant une section 3 consacrée aux pouvoirs du juge, dans laquelle est inséré un article L. 132-6 nouveau reconnaissant au juge saisi cette possibilité (article 4) ».

⁹⁹⁸ Pour une approche synthétique de la loi : L. LEVENEUR, « Un peu de concurrence, beaucoup de droit de la consommation. - A propos de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 », *JCP G* 30 janvier 2008, n° 5, act. 69.

dispositions du Code de la consommation sont d'ordre public ; « que la clause [soit] réputée non écrite dans tous les contrats conclus par le professionnel avec des non professionnels ou des consommateurs et lui ordonner d'en informer ceux-ci à ses frais ». Le projet de loi proposait « d'aménager le chapitre II du titre III du code de la consommation relatif aux clauses abusives en créant une section 3 consacrée aux pouvoirs du juge, dans laquelle est inséré un article L. 132-6 nouveau reconnaissant au juge saisi cette possibilité (article 4) »⁹⁹⁹.

En définitive, la loi de 2008, qui avait pour ambition le développement de la concurrence entre les professionnels, a apporté d'importants bouleversements au sein du droit de la consommation à travers son article 39 réglementant les pratiques commerciales déloyales¹⁰⁰⁰. Elle a réformé à la fois le droit de la concurrence et de la distribution mais aussi le droit de la consommation au sein duquel elle a modifié de manière considérable tant les pouvoirs du Gouvernement¹⁰⁰¹ que ceux du juge. A partir son article 34, elle procèdera à cette

⁹⁹⁹ Assemblée Nationale « Projet de loi en faveur des consommateurs », renvoyé à la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement, présenté au nom de Mr Dominique de VILLEPIN, Premier ministre par Mr Thierry BRETON, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le 8 novembre 2006, *précité*.

¹⁰⁰⁰ La création dans le Code de la consommation d'un chapitre préliminaire : « Pratiques commerciales déloyales » prévoit maintenant un article L.120-1 : « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe. II.- Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1.3 ».

¹⁰⁰¹ Article 35 de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs » : « I.- Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par voie d'ordonnance :

1° A la refonte du code de la consommation, afin d'y inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et d'aménager le plan du code.

Les dispositions ainsi codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet ;

2° A l'extension de l'application des dispositions codifiées susmentionnées, avec les adaptations nécessaires, à Mayotte, aux îles Wallis et Futuna, ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française pour celles qui relèvent de la compétence de l'Etat, et aux adaptations nécessaires en ce qui concerne les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, ainsi que dans les Terres australes et antarctiques françaises.

II.- L'ordonnance prévue au 1° du I est prise dans un délai de vingt-quatre mois suivant la publication de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance.

III.- Les ordonnances permettant la mise en œuvre des dispositions prévues au 2° du I sont prises dans un délai de douze mois suivant la publication de l'ordonnance prévue au 1° du même I. Un projet de loi de ratification

modification, créant un nouvel article L.141-4 au Code de la consommation. Ce dernier fera, seul, l’objet de ce développement. Considéré pourtant comme l’article « prodige » (§ 1), il n’a qu’une portée incertaine (§ 2).

§ 1. La portée relative de l’article « prodige » quant à l’étendue de la consécration du relevé d’office

La jurisprudence communautaire a permis une consécration du relevé d’office du juge. Mais elle était limitée aux moyens tirés du caractère abusif des clauses et de l’irrégularité de l’offre de crédit, ce qui n’était pas suffisant ; le législateur français l’étend plus largement et place le droit français en conformité avec le droit communautaire. Il prévoit au sein d’un nouvel article L.141-4 que ce relevé d’office déjà « partiellement » reconnu, sera étendu à « [...] toutes les dispositions [...] » du Code de la consommation. La consécration du relevé d’office (I), finalement et heureusement admis en droit interne, présente toutefois des limites (II).

I. La consécration du relevé d’office

L’apparition de l’article L.141-4 au sein du Code de la consommation (A) n’est pas anodine, elle vise précisément à mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière n’est pas en adéquation avec celle du juge communautaire et il est nécessaire de l’abandonner (B).

A. L’apparition de l’article L.141-4 dans le Code de la consommation

L’apparition de l’article L.141-4 dans le Code de la consommation était devenue nécessaire en raison de l’évolution de la question du relevé d’office du juge (2). Ce dernier est donc évidemment le bienvenu en droit interne (1).

est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de chacune d'entre elles ».

1° Une apparition bienvenue

Cet article n'avait pas vocation à voir le jour ; ce sont les échanges entre le Sénat et le Parlement qui ont permis au rapporteur G. CORNU d'introduire ce texte dans le débat¹⁰⁰², proposé dans le souci de réparer les déséquilibres existants dans la relation contractuelle entre les professionnels et les consommateurs. S'il avait été reproché au législateur français de n'avoir pas su saisir l'occasion de la loi dite « MURCEF » de décembre 2001¹⁰⁰³ pour consacrer l'office du juge en droit de la consommation, la directive de 2005 ne semble pas lui laisser le choix.

440. L'inertie des « conseils ». – Si elle est la bienvenue au sein du Code de la consommation la réforme soulève une problématique relative aux comportements des « conseils ». En accordant au juge le pouvoir de soulever d'office toutes les dispositions du présent code, le législateur effectue une redistribution des rôles. L'entrée en vigueur du nouvel article L.141-4 au sein du Code de la consommation aura donc une portée sur les conseils en charge de la défense des intérêts des consommateurs lors d'un litige. La crainte tient à dire que cette réforme pourrait favoriser une inertie des conseils chargés de la défense des intérêts des consommateurs qui s'attendent à une véritable subrogation du juge dans le rassemblement des moyens en faveur de ce dernier. Connaissant cette « nouvelle » habilité du juge, les conseils auraient le sentiment que lorsqu'il tranchera le litige, le juge relèvera de toute façon les éléments propres à donner gain de cause à leur client. Par paresse ou prudence, le conseil en charge des intérêts de son client pourrait préférer attendre que le juge soit saisi du litige et qu'il relève d'office les moyens tirés des dispositions du Code de la consommation à sa place.

Pourtant, la simple apposition de cette mention dans le Code de la consommation ne devrait pas changer de manière fondamentale les comportements des conseils car le droit communautaire avait déjà exigé du juge une intervention positive de sa part, même en présence de ces derniers¹⁰⁰⁴. Et s'il avait limité cette intervention aux dispositions protectrices

¹⁰⁰² «Le relevé d'office par le juge national des dispositions du code de la consommation», Institut National de la Consommation, INC, en ligne : <<http://www.conso.net>>, accès : novembre 2012.

¹⁰⁰³ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 « portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier » (MURCEF), précité.

¹⁰⁰⁴ CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion et Marie-Jeanne Godard, épouse Rampion contre Franfinance SA et K par K SAS*, précité, point n° 65 : « Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 107 de ses conclusions, le fait que l'affaire au principal ait été engagée par les époux Rampion et qu'ils soient représentés

du consommateur, c’est justement dans cet esprit que s’inscrit l’article L.141-4 par son insertion dans le Code de la consommation (qui n’est autre qu’un *corpus* de règles principalement édictées dans le but de protéger le consommateur¹⁰⁰⁵). L’article L.141-4 du Code empêche une paralysie du juge face à un élément de droit et/ou de fait qui mériterait d’être relevé d’office. L’infailibilité du juge n’est pas certaine, les conseils ont tout intérêt à ne pas se reposer sur lui en raison de fausses croyances. M^e ALLIEZ, ayant prêté serment après l’entrée en vigueur de la réforme relativisera l’idée d’une inertie des conseils conséquemment à la réforme, car elle observe que le juge ne fait généralement usage de son office que lorsque le consommateur n’est pas représenté¹⁰⁰⁶ (d’autant que c’est la situation dans laquelle un consommateur n’est pas représenté, fréquente devant le juge d’instance compétent pour connaître des litiges du droit de la consommation, qui avait fait figure d’argument pour justifier le relevé d’office du juge¹⁰⁰⁷). Pourtant, le juge d’instance de Nîmes avait été confronté à une situation dans laquelle l’avocat du consommateur avait clairement fait savoir au juge qu’il s’attendait à ce que les moyens soient de toute façon relevés d’office pour lui¹⁰⁰⁸. Voilà qui devrait décevoir le professeur S. PIEDELIÈVRE pour qui la représentation obligatoire par avocat permettrait de rétablir un équilibre entre les parties au procès au même titre que le relevé d’office du juge¹⁰⁰⁹. C’est toutefois un cas exceptionnel.

dans celle-ci par un avocat ne justifie pas une conclusion différente, le problème devant être résolu en faisant abstraction des circonstances concrètes de cette affaire ».

¹⁰⁰⁵ Cette affirmation devant être relativisée en ce que les dispositions du Code de la consommation peuvent être relevées d’office à l’encontre des intérêts du consommateur. A titre d’exemple, sur le relevé d’office de la mauvaise foi du demandeur dans le traitement de sa situation de surendettement : Cass. 2^e civ. 11 mars 2010, n° 08-20.949, Inédit.

¹⁰⁰⁶ Cf. annexe 1 : entretien avec Maître C. ALLIEZ du mardi 29 juillet 2014 à Nîmes, *précité*.

¹⁰⁰⁷ Cette priorité avait été clairement évoquée par le rapporteur G. CORNU lors de sa proposition de l’article additionnel visant à introduire l’article L.141-4 au sein du Code de la consommation [G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité*] : « [...] cette liberté de ne pas avoir recours à un avocat peut toutefois se retourner contre lui qui, le plus souvent, n’a pas connaissance des dispositions techniques édictées en sa faveur par le droit de la consommation. Il n’est donc pas certain qu’il soit en mesure d’invoquer un argument juridique décisif lui permettant de faire valoir son droit. En revanche, les professionnels sont le plus souvent représentés à l’instance par des avocats, spécialistes du droit de la consommation et donc parfaitement préparés au débat juridique ».

¹⁰⁰⁸ Cf. annexe 2 : entretien avec le Juge du TI de Nîmes du jeudi 18 septembre 2014.

¹⁰⁰⁹ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité* : « Malgré ces inconvénients, coût et allongement de la durée de la procédure, on peut se demander si la meilleure protection du consommateur et la bonne administration de la justice ne passaient pas par la représentation obligatoire par avocats pour tous les litiges relevant du droit de la consommation. Le droit de la consommation devrait être le type même de matière dans lesquels l’aide juridique et l’assurance de protection juridique permettent au consommateur de ne pas agir seul ». Or, cette proposition n’est pas sans défauts : les conseils choisis peuvent ne pas déceler un moyen de défense qui donnerait pourtant raison au consommateur et le juge, encore une fois, pourrait le soulever à leur place. En ce sens, envisager la question de l’office du juge au regard de la représentation obligatoire est vidée de sens, d’autant que ce serait assimiler l’office du juge à celui d’un avocat ce qui n’est que trop réducteur : « [...] si le travail du juge peut se recouper partiellement avec celui de l’avocat, leurs missions respectives ne se confondent pas : l’avocat défend les intérêts de son client, alors que le

441. Une « moralisation » des comportements. – L’insertion de ce nouvel article L.141-4 au sein du Code de la consommation ne s’est pas faite dans la discrétion, tant il était attendu par les praticiens et théoriciens du droit¹⁰¹⁰. M^e ALLIEZ avait considéré que cette réforme permettait au juge « [...] de contribuer ainsi à la moralisation des relations contractuelles entre les professionnels du crédit et les consommateurs »¹⁰¹¹, ajoutant que « l’intervention active du juge au profit du consommateur et l’application judiciaire des règles permettent ainsi de limiter les inégalités existantes entre les parties au contrat de crédit »¹⁰¹². L’intervention du juge apparaît donc comme le moyen d’apaiser la controverse liée au déséquilibre entre les parties¹⁰¹³.

L’entrée en vigueur du texte devenait une nécessité ; la doctrine et la jurisprudence en appelaient de leurs vœux l’introduction en droit de la consommation ; le législateur l’a fait. La loi dite « Chatel »¹⁰¹⁴ du 3 janvier 2008¹⁰¹⁵ de transposition de la directive de 2005 insère *via* son article 34, le nouvel article L.141-4 au sein du Code de la consommation.

juge doit trancher le litige conformément à la loi. Cette tâche particulière ne peut donc pas être subordonnée à l’habileté des parties ou de leurs représentants » (Ph. FLORES et G. BIAUDEAU, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*).

¹⁰¹⁰ A titre d’exemple : voir le rapport du comité de suivi de l’application des dispositions relatives au surendettement de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 présidé par M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation (rapporteur général : Vincent Vigneau, conseiller référendaire à la Cour de cassation), remis à M. Jean-Louis Borloo, ministre de l’emploi, du travail et de la cohésion sociale, à M. Pascal Clément, Garde des sceaux, ministre de la justice et à Mme Catherine Vautrin, ministre déléguée à la cohésion sociale et à la parité, le 30 novembre 2005, p. 30, *précité* : « [...] le juge doit pouvoir relever d’office les moyens tirés du défaut de respect des dispositions protectrices du consommateur, notamment en matière de crédit à la consommation, celles-ci participant fortement à la prévention du surendettement » ; J.-P. DELEVOYE, Médiateur de la république, *Le malendettement, nouvelle urgence sociale ?*, conférence de presse du 14 décembre 2006 : « L’application d’office par le juge des règles légales permet une meilleure protection de l’emprunteur et assure l’effectivité de la loi. S’inspirant de la jurisprudence communautaire (Cour de justice des Communautés européennes – 27 juin 2000 – Oceano Groupo), le magistrat pourra soulever les irrégularités affectant les contrats de consommation ».

¹⁰¹¹ Propos qui seront tenus quelques années plus tard par le professeur G. RAYMOND lorsqu’il définit la portée du droit de la consommation : « [...] ce droit n’a pas seulement pour objectif la protection d’une partie faible, mais aussi de moraliser l’ensemble des relations contractuelles [...] », in « Clauses abusives », *JCP C* 3 septembre 2012, Fasc. 820, *précité*.

¹⁰¹² C. ALLIEZ, « L’article L.141-4 du Code de la consommation : la réforme de l’office du juge en droit de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 5.

¹⁰¹³ D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d’office la méconnaissance des dispositions d’ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », *RDC*, 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078 : « La perspective d’apaisement ne dépend-elle pas singulièrement du côté duquel on se place ? ». Si la doctrine considère que le relevé d’office du juge qui vient en soutien du consommateur est légitime, cette légitimité est toutefois « subjective » ; toujours est-il que la question est (faussement) posée.

¹⁰¹⁴ Il s’agit ici de la seconde loi « Chatel » ; la première étant celle du 28 janvier 2005, n° 2005-67 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », et au sujet de laquelle le rapporteur, L. Chatel, avait souligné l’importance de la protection du consommateur en raison de son poids économique important (in Rapport d’information n° 3077 déposé par la Commission des affaires économiques de l’environnement et du

2° Une apparition nécessaire

442. « *Nemo censetur ignorare legem* »¹⁰¹⁶. – Cet adage est fictif car la complexité de la législation la rend inaccessible aux particuliers¹⁰¹⁷. La reconnaissance du pouvoir de relevé d’office du juge est donc souhaitable, d’autant plus en droit de la consommation où il n’est pas seulement question d’une complexité législative mais surtout d’une fragilité du consommateur mis en danger au sein des échanges du droit de la consommation.

Alors que cette faculté était déjà reconnue dans la jurisprudence communautaire depuis au moins huit ans et rappelée seulement deux ans auparavant par les arrêts « Mostaza Claro » et « Rampion » en 2006 et en 2007, la consécration du relevé d’office au sein du droit interne est une évidence.

Poussé par le juge communautaire, aidé par le législateur communautaire, l’article L.141-4 surgit logiquement et légitimement dans le paysage du droit interne. Il n’est plus nécessaire, désormais, de tenter de justifier ou de reconnaître via la jurisprudence communautaire et/ou nationale la reconnaissance du pouvoir du relevé d’office du juge en droit du crédit à la consommation. Intégrée au droit de la consommation et au code régissant la matière, la consécration de l’office du juge, effectuée par le nouvel article, y est automatiquement transférée.

Si la compréhension du texte ne présente pas de difficulté particulière, il convient de s’attacher à comprendre l’ambition de celui-ci.

B. L’abandon de la jurisprudence antérieure

La rédaction du texte ne permet plus à la Cour d’opérer une distinction entre les moyens d’ordre public (1) et/ou de pur droit (2) et ceux ne l’étant pas.

territoire, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 10 mai 2006 sur la mise en application de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur).

¹⁰¹⁵ Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ».

¹⁰¹⁶ Adage latin selon lequel « nul n’est censé ignorer la loi ».

¹⁰¹⁷ P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Lextenso, Defrénois, 2012, p. 211.

1° L’abandon du moyen d’ordre public

443. « Le juge peut soulever d’office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». – En permettant à tout juge¹⁰¹⁸ de relever d’office toutes les dispositions du code, le législateur les place sur le terrain de l’ordre public. Au lieu de conclure à la faculté du juge de relever d’office les dispositions en raison de leur caractère d’ordre public¹⁰¹⁹, la nature des dispositions visées est définie par la faculté reconnue au juge de les relever d’office. Par cette consécration, il ne sera plus permis à la jurisprudence française de s’opposer au relevé d’office du juge : « Au pays de Saint Louis, le législateur n’a pas voulu que le juge reste sourd et aveugle face à la veuve et à l’orphelin, motif pris que ceux-ci n’ont pas les armes que possèdent les puissants. L’article L. 141-4 du Code de la consommation vient mettre un terme aux effets indésirables d’un ordre public relatif. Le juge dit le droit, sans condition, même si la partie intéressée ne l’invoque pas, y compris en son absence. Il le peut pour que la protection du consommateur ne soit pas soluble dans l’inertie des hommes faibles, parce que la protection des acquéreurs de réfrigérateurs à crédit intéresse le socle commun sur lequel nous reposons tous »¹⁰²⁰.

444. La portée de l’abandon. – Les dispositions du code ne peuvent plus être ignorées par le juge lorsqu’il est amené à trancher un litige dans le domaine du droit de la consommation. Cet article, qui reflète une prise de conscience du législateur des difficultés que suscitaient le relevé d’office dans cette matière, pose enfin le principe du caractère d’ordre public de direction des dispositions du Code de la consommation. L’arrêt « Rampion »¹⁰²¹ n’y est pas pour rien. Le pouvoir du relevé d’office est accordé à tout juge

¹⁰¹⁸ C. ALLIEZ, *L’office du juge en matière de crédit à la consommation*, [Th. doct. sous la dir. J.-L. RESPAUD : Droit privé et sciences criminelles : Montpellier I : 2008], *précité*, p. 291, note 497 : « L’article fait référence au juge mais sans préciser celui qui est précisément concerné. Il peut s’agir du juge d’instance, principal juge consommériste ou de tout autre juge. Or en l’absence de distinction, il n’y a pas lieu de distinguer. Le texte s’applique donc à l’ensemble des juges saisis d’un litige portant sur l’application des dispositions du Code de la consommation. En conséquence, les juges concernés par ce nouvel article sont notamment le juge d’instance saisi d’un litige relatif au crédit à la consommation, le juge de l’exécution en matière de surendettement, le juge du tribunal de grande instance en matière de clauses abusives, le juge pénal poursuivant l’incrimination de pratiques commerciales agressives, les juges de proximité traitant des petits litiges ou les juges du second degré décelant des irrégularités non soulevées en première instance. En revanche, le magistrat de la Cour de cassation, juge du droit, ne dispose pas du pouvoir de relever d’office, car l’exercice de ce pouvoir implique la prise en considération des faits du litige ».

¹⁰¹⁹ Pour ne citer qu’un exemple, l’article 125 alinéa 1^{er}, prévoit que « les fins de non-recevoir doivent être relevées d’office lorsqu’elles ont un caractère d’ordre public [...] ».

¹⁰²⁰ N. MONACHON DUCHÊNE, « Forclusion de l’action en paiement du prêteur et office du juge », note sous Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2008, n° 07-19.282, Bull. civ. 2008, I, n° 261, *JCP G* 25 février 2009, vol. II, n° 9, p. 10036, *précité*.

¹⁰²¹ CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion et Marie-Jeanne Godard, épouse Rampion contre Franfinance SA*, *précité*.

saisi d’un litige relevant du droit de la consommation (le nouvel article se voulant universel)¹⁰²².

La réforme est saluée par la doctrine¹⁰²³ car les dispositions du code relèvent désormais d’un intérêt général exigeant une intervention active du juge pour le protéger. Pour le professeur G. POISSONNIER, « cette disposition a été adoptée pour mettre un terme à une jurisprudence constante de la première chambre civile de la Cour de cassation depuis 2000 »¹⁰²⁴. Il serait plus juste de soutenir que cette disposition a été adoptée pour asseoir la position du juge communautaire. Celui-ci était déjà intervenu en 2002¹⁰²⁵ « pour mettre un terme à la jurisprudence constante de la première chambre civile de la Cour de cassation ». Si le juge communautaire dispose d’une réelle autorité, rien ne vaut une « bonne réforme » modifiant une fois de plus le droit de la consommation, à la « mode » française.

445. Une « issue de secours » condamnée. – Ce qui avait été reproché à la Cour de cassation tenait également au cantonnement de la consécration du relevé d’office de la Cour de justice aux seules dispositions de transposition en droit interne d’une directive communautaire relative aux clauses abusives¹⁰²⁶. Désormais, cette « issue de secours » est condamnée ; le relevé d’office est admis au sein même du Code de la consommation. Il n’est plus question d’assurer l’effectivité du droit communautaire par le jeu de la jurisprudence communautaire et du relevé d’office des dispositions issues des directives, mais de permettre celle des dispositions du Code de la consommation par le biais de son article L.141-4.

¹⁰²² L’article prévoit que « le juge » pourra soulever d’office les dispositions du Code de la consommation, il vise alors le juge de l’exécution, d’instance, de proximité, les cours d’appel, etc. ; en d’autres termes, tous ceux qui seront amenés à trancher un litige relevant, de près ou de loin, du droit de la consommation.

¹⁰²³ G. RAYMOND, « Contrats conclus à distance », *JCP C* 3 octobre 2014, Fasc. 904 : « S’il est exact que le formalisme a pour objectif de protéger un consommateur, les mesures, relatives aux contrats conclus hors établissement, sont prises dans l’intérêt général car, au-delà de la protection de la personne considérée, c’est la moralisation de l’ensemble des relations contractuelles qui est en cause. Pourquoi faudrait-il faire une différence entre le formalisme du droit de la consommation et celui des contrats de constitution d’hypothèque ou de mariage dont le non-respect serait sanctionné par la nullité absolue ? Dans un cas comme dans l’autre, c’est le bon fonctionnement des institutions qui est en cause. Le caractère absolu de la nullité donnerait aux dispositions du Code de la consommation leur véritable dimension, alors que la nullité relative ne leur confère qu’une valeur restreinte ».

¹⁰²⁴ G. POISSONNIER, « Mode d’emploi du relevé d’office en droit de la consommation », *JCP CCC* mai 2009, n° 5, étude 5.

¹⁰²⁵ Cf. : note 396.

¹⁰²⁶ Cass, 1^{re} civ. 23 novembre 2004, *Bull. civ.* 2004, I, n° 284.

2 ° L’abandon du moyen de « pur droit »

446. « Toutes ». – La doctrine salue l’insertion dans le code de ce nouvel article qui a l’avantage de neutraliser les difficultés que suscitait la notion de « pur droit » présente à travers le Code de procédure civile et notamment au sein de l’ancien article 12 par le biais de l’alinéa 3¹⁰²⁷. Il n’est plus nécessaire de connaître la nature du moyen soulevé par le juge pour savoir si ce dernier peut effectivement le relever d’office : le pronom « toutes », utilisé par le législateur pour transposer la directive, se veut général et invite à ouvrir le champ d’application du pouvoir du relevé d’office du juge : l’article L.141-4 du Code ne fait aucune différence lorsqu’il énonce que « le juge peut soulever d’office toutes les dispositions du présent code [...] ».

L’emploi de l’adjectif « toutes » par le législateur n’échappe pas à la critique.

II. Les limites de la consécration

Sans nier l’avancée que constitue l’entrée en vigueur de l’article L.141-4 du Code de la consommation, il faut reconnaître que les termes choisis par le législateur impliquent une limite à la consécration du relevé d’office du juge : cette dernière découle de la restriction du champ d’application que lui accorde le texte. De plus, en légiférant sur l’exercice de l’office du juge, le législateur a rapproché cet article de ceux déjà existants dans la réglementation de l’office du juge. Une analyse de ces derniers va poser la question de l’utilité de la réforme (B).

A. Le champ restreint de la consécration

Le champ d’application de la consécration du relevé d’office du juge est limité aux dispositions « du présent code » (1) et aux « litiges nés » de son application (2).

1° Le relevé d’office des dispositions « du présent code »

447. « [...] Du présent code [...] ». – Le législateur précise que l’office du juge ne s’exercera qu’au regard du Code de la consommation ; cela est réducteur par rapport à

¹⁰²⁷ Cf. : note 51.

l'exigence d'effectivité du droit de la consommation exprimée par la Cour de justice¹⁰²⁸ dont la volonté était la protection du consommateur. En effet, les intérêts de ce dernier sont assurés par d'autres textes tels que le Code civil¹⁰²⁹, le Code de commerce¹⁰³⁰, le Code des assurances¹⁰³¹ ou le Code monétaire et financier¹⁰³², notamment. Le Code de la consommation ayant été élaboré à partir de textes déjà existants mais épars, on retrouve nécessairement la réglementation de la protection des consommateurs et des relations contractuelles de ces derniers avec les professionnels ailleurs que dans le Code de la consommation ; ce dernier n'a pu réaliser une compilation parfaite. Pour autant, le risque d'une « sous-protection » du

¹⁰²⁸ Un souhait que l'on retrouve dans le développement des arrêts rendus mais pas forcément dans ses solutions qui avaient restreint le relevé d'office du juge aux directives de 1993 et de 1987. Si des critiques sont formulées à l'égard du champ d'application accordé au relevé d'office par la loi « Chatel », cette dernière assure bien plus l'effectivité du droit de la consommation que la jurisprudence de la Cour de justice.

¹⁰²⁹ A titre d'exemples : article 1162 : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation » ; article 1133 du Code civil : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » ; article 1135 du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

¹⁰³⁰ Article L.310-5 alinéa 1^{er} du Code de commerce portant sur l'organisation des soldes : « Est puni d'une amende de 15 000 euros : 4° Le fait d'utiliser le mot : solde (s) ou ses dérivés dans les cas où cette utilisation ne se rapporte pas à une opération de soldes définie au I de l'article L. 310-3 ».

¹⁰³¹ A titre d'exemple : article L.113-11 du Code des assurances qui proscriit certaines clauses relatives à la déchéance de l'assuré : « Sont nulles :

1° Toutes clauses générales frappant de déchéance l'assuré en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un crime ou un délit intentionnel ;

2° Toutes clauses frappant de déchéance l'assuré à raison de simple retard apporté par lui à la déclaration du sinistre aux autorités ou à des productions de pièces, sans préjudice du droit pour l'assureur de réclamer une indemnité proportionnée au dommage que ce retard lui a causé » ; article L. 113-15 du Code des assurances relatif à la forme de l'information donnée au consommateur : « La durée du contrat doit être mentionnée en caractères très apparents dans la police. La police doit également mentionner que la durée de la tacite reconduction ne peut en aucun cas être supérieure à une année » ; deux premiers alinéas de l'article L. 113-15-1 du Code des assurances (issu de l'article 2 de la loi « Chatel ») réglementant le droit de dénonciation du contrat d'assurance : « Pour les contrats à tacite reconduction couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles, la date limite d'exercice par l'assuré du droit à dénonciation du contrat doit être rappelée avec chaque avis d'échéance annuelle de prime ou de cotisation. Lorsque cet avis lui est adressé moins de quinze jours avant cette date, ou lorsqu'il lui est adressé après cette date, l'assuré est informé avec cet avis qu'il dispose d'un délai de vingt jours suivant la date d'envoi de cet avis pour dénoncer la reconduction du contrat. Dans ce cas, le délai de dénonciation court à partir de la date figurant sur le cachet de la poste.

Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, l'assuré peut mettre un terme au contrat, sans pénalités, à tout moment à compter de la date de reconduction en envoyant une lettre recommandée à l'assureur. La résiliation prend effet le lendemain de la date figurant sur le cachet de la poste ».

¹⁰³² Article L.133-18 du Code monétaire et financier quant au régime de responsabilité en cas d'opération de paiement non autorisée : « En cas d'opération de paiement non autorisée signalée par l'utilisateur dans les conditions prévues à l'article L. 133-24, le prestataire de services de paiement du payeur rembourse immédiatement au payeur le montant de l'opération non autorisée et, le cas échéant, rétablit le compte débité dans l'état où il se serait trouvé si l'opération de paiement non autorisée n'avait pas eu lieu.

Le payeur et son prestataire de services de paiement peuvent décider contractuellement d'une indemnité complémentaire » ; article L.312-1 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier sur le droit au compte : « Toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix. Toute personne physique de nationalité française résidant hors de France, dépourvue d'un compte de dépôt, bénéficie également du droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix ».

consommateur doit être relativisé car on retrouve plusieurs dispositions similaires dans les différents corps de règles¹⁰³³.

448. Droit de la consommation à « deux vitesses ». – La doctrine regrette que la consécration du relevé d’office n’ait qu’un champ d’application restreint. Elle précise à cet égard qu’« il aurait été préférable de considérer qu’en toutes matières, le juge peut relever d’office les dispositions d’ordre public »¹⁰³⁴. Par cette « limite », la consécration du relevé d’office est partielle et compose un droit de la consommation à « deux vitesses »¹⁰³⁵ : la consécration du relevé d’office des dispositions du Code de la consommation d’un côté, et la question du relevé d’office du juge au regard du droit de la consommation de l’autre.

Le relevé d’office du juge n’en reste pas moins un apport majeur quant à la protection des consommateurs, même s’il n’est consacré que de manière partielle : il permet surtout d’assurer l’effet utile des dispositions destinées à les protéger.

449. L’effet utile du Code de la consommation. – A l’image de la jurisprudence communautaire en faveur du relevé d’office et à la suite de la directive du 11 mai 2005, le législateur consacre le relevé d’office et insère dans le Code un nouvel article destiné à assurer la protection des consommateurs et donc l’effet utile du droit de la consommation¹⁰³⁶. Selon L. COSYNS : « Cette modification permettra d’assurer une meilleure effectivité au droit de la consommation et renforcera indéniablement la protection du consommateur »¹⁰³⁷, rappelant les termes utilisés un mois plus tôt par le professeur G. PAISANT : « La réforme ainsi réalisée représente un pas significatif et utile dans le sens de l’effectivité des lois de

¹⁰³³ En ce qui concerne le Code civil notamment, son article 1602 renvoie à l’obligation générale d’information précontractuelle des articles L.111-1 et suivants du Code de la consommation tandis que son article 1641 réglementant la garantie des vices cachés renvoie à l’article L. 221-1 du Code de la consommation. Quant aux règles relatives au fichier des incidents de paiement des articles L. 333-4 et L. 333-5 du Code de la consommation, elles sont reproduites intégralement à l’article L.313-6 du Code monétaire et financier. Enfin, à propos de la fourniture à distance de services financiers à un consommateur, l’article L.343-1 de ce même code renvoie, lui, aux articles L. 121-26 à L. 121-33 du Code de la consommation. Il est même intéressant de relever que son article L.343-2 prévoit que c’est le Code monétaire et financier qui s’appliquera à la place du Code de la consommation « Lorsque la fourniture à distance de services financiers à un consommateur est précédée d’un démarchage au sens de l’article L. 341-1 » (à noter que cette disposition est issue de la loi « Hamon » dont il sera question plus loin).

¹⁰³⁴ E. RIGAL, « Le juge et les clauses abusives », Contributions du colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30^e anniversaire », de 2009, *précité*.

¹⁰³⁵ G. POISSONNIER, « Mode d’emploi du relevé d’office en droit de la consommation », *JCP CCC* 2009, étude 5, *précité*.

¹⁰³⁶ Sur l’effet utile : cf. note 359 s..

¹⁰³⁷ Réponse de l’Assemblée nationale, « Protection des consommateurs », rubrique consommation, contentieux à la réglementation ; question écrite n°1663 posée par Louis COSYNS (Président départemental de l’Union pour un Mouvement Populaire – Cher), publiée au Journal Officiel le 18 mars 2008, p. 2398.

protection des consommateurs »¹⁰³⁸. Cet auteur ne pouvait qu’applaudir la consécration de l’office du juge dont il avait lui-même imaginé les modalités en ce sens un an plus tôt¹⁰³⁹.

Ce n’est pas le droit de la consommation qui est visé par l’article L.141-4 lorsqu’il réglemente le relevé d’office du juge. Ce n’était pourtant pas la consécration souhaitée par le rapporteur G. CORNU qui avait exprimé l’idée d’une consécration du relevé d’office au sein du droit de la consommation et non pas seulement au sein du code : « [...] votre rapporteur vous propose d’instaurer une protection effective du consommateur par la reconnaissance du pouvoir du juge de relever d’office des règles protectrices issues du droit de la consommation »¹⁰⁴⁰. Or, ce souhait est exaucé par la reconnaissance jurisprudentielle du relevé d’office au sein du droit interne et opérée au sein de la jurisprudence communautaire quelques années plus tôt.

La limite que pose le législateur pour les dispositions du code s’accompagne d’une limite liée à la nature juridictionnelle de la demande qui lui est soumise.

2° Le relevé d’office des « litiges nés » de son application

450. Une injonction de payer à l’écart. – En limitant le relevé d’office aux « litiges », le législateur a exclu l’exercice de ce pouvoir aux demandes de recouvrement des créances par le biais de la procédure d’injonction de payer¹⁰⁴¹ qui n’ont pas de caractère juridictionnel. Le juge ne peut pas relever d’office un moyen de droit tiré du manquement du professionnel au regard des dispositions du Code de la consommation ; il ne s’agit que d’une demande, à laquelle le débiteur peut s’opposer¹⁰⁴². Quand il le fera, la procédure tombera dans « le filet » du relevé d’office.

¹⁰³⁸ G. PAISANT, « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *JCP G*, 13 février 2008, vol. II, n° 7, 10031, *précité*.

¹⁰³⁹ G. PAISANT, « 80 propositions, 80 ans de la Semaine juridique », *JCP hors série*, décembre 2007 : « [...] il conviendrait d’affirmer ce pouvoir d’office du juge dans une disposition générale dudit code ».

¹⁰⁴⁰ Une effectivité souhaitée par le rapporteur G. CORNU : « Alerté par le Médiateur de la République sur certains déséquilibres existant entre les professionnels et les consommateurs dans les litiges qui les opposent en application du code de la consommation, votre rapporteur vous propose d’instaurer une protection effective du consommateur par la reconnaissance du pouvoir du juge de relever d’office des règles protectrices issues du droit de la consommation » ; G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité*.

¹⁰⁴¹ Articles 1405 à 1424 du Code de procédure civile.

¹⁰⁴² Article 1412 du Code de procédure civile.

Le juge peut rejeter la requête si la demande ne lui paraît pas fondée¹⁰⁴³. Son examen du dossier est limité : il ne peut être effectué qu’au regard des documents que le créancier lui aura apporté¹⁰⁴⁴, les juges font alors droit à la demande, estimant que le débiteur pourra toujours s’y opposer. Cette opposition est rarement formulée par ces derniers, peu disposé à contredire une ordonnance portant injonction de payer rendue par un juge. Cette procédure est considérée, pour le juge d’instance G. FAUVET comme le moyen, pour les créanciers, de contourner le droit de la consommation¹⁰⁴⁵. L’idée de transférer cette procédure aux greffes avait été formulée, mais elle n’aurait pas neutralisé cette difficulté : les greffes ne sont pas investis du pouvoir juridictionnel du juge, et le juge n’aurait pas perdu « la main » sur une procédure au sein de laquelle il n’a de toute façon pas de pouvoir de relevé d’office¹⁰⁴⁶.

451. En organisant l’office du juge, le nouvel article prend l’allure d’un texte à caractère procédural. Il implique que le juge devra se conformer à la fois au Code de procédure civile et au Code de la consommation pour exercer son office lorsqu’il sera confronté à un litige relevant du droit de la consommation. En effet, si le Code de la consommation est un corps de règles spéciales, dérogeant au droit commun, le nouvel article ne vient pas en contradiction avec le Code de procédure civile. Au contraire, les deux *corpus* de règles cohabitent, impliquant du juge qu’il exerce son office dans le respect de ceux-ci.

B. L’utilité relative de la consécration

La forme particulière de l’article L.141-4 du Code de la consommation suscite des commentaires : la forme processuelle qui transpire de la formule choisie ne laisse pas indifférent. Cette caractéristique du nouvel article va le rapprocher de l’article 12 du Code de procédure civile (1), au point de remettre en cause l’utilité de la consécration. L’imperfection de la réforme due à la prudence du législateur, conduit à formuler quelques propositions (2).

¹⁰⁴³ Article 1409, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile (a contrario) : « Si, au vu des documents produits, la demande lui paraît fondée en tout ou partie, le juge rend une ordonnance portant injonction de payer pour la somme qu’il retient ».

¹⁰⁴⁴ Article 1407, alinéa 3 du Code de procédure civile : « [La demande] est accompagnée des documents justificatifs ».

¹⁰⁴⁵ Cf. annexe 3 : entretien avec G. FAUVET, juge du TI de Pertuis du jeudi 16 octobre 2014, *précité*.

¹⁰⁴⁶ Sur la question du relevé d’office au regard de la procédure d’injonction de payer, v. X. LAGARDE, « Réformer l’injonction de payer. - Défense d’une proposition », *JCP G* 23 juillet 2008, vol. I, n° 30, p. 165.

1° Une utilité relative au regard de l’article 12

D’abord confrontés l’un à l’autre, l’entrée en vigueur de la réforme force la « cohabitation » (a) entre les articles L.141-4 du C. Consom. et 12 du CPC. Cette confrontation aboutit progressivement à une assimilation (b).

a) La « cohabitation » forcée

452. C’est la raison d’être de la réforme ayant introduit le nouvel article qui va lui donner sa forme particulière : il fallait trouver une « parade » à la faiblesse technique du consommateur dans la défense de ses intérêts devant le juge. La réforme visait donc à accorder la procédure en droit de la consommation avec les besoins des parties en cause : il fallait que le déroulement du procès ne soit pas faussé par la faiblesse présumée du consommateur. L’article L.141-4 est strictement rattaché au domaine de la procédure civile¹⁰⁴⁷. Il semble naturel que cet article L.141-4 ait l’apparence d’une disposition à caractère processuel, à l’image de celles que l’on retrouve dans le Code de procédure civile.

Avant que la loi de 2008 n’intervienne, il existait une harmonie du Code de procédure civile avec le Code de la consommation relevée par la jurisprudence par le biais de l’office du juge. Lorsque la loi de 2008 est entrée en vigueur, il a fallu que les deux matières cohabitent. Si l’office du juge est consacré par la loi « Chatel », il ne l’est qu’au sein des conflits du droit de la consommation. Les litiges issus des autres sphères du droit civil dépendent toujours des règles « classiques » de la procédure civile.

453. Article L.141-4 versus article 12 ou le « mariage forcé ». – Au regard de ce qui précède, il serait possible de percevoir dans l’article 12 du CPC la genèse de l’article L.141-4 du Code de la consommation. Le glissement du relevé d’office d’une sphère à l’autre a permis d’organiser le relevé d’office du juge au sein de l’article L.141-4 du Code de la consommation. Par son entrée en vigueur, cet article avait vocation à se substituer à la règle générale issue de la procédure civile en vertu de l’adage *lex specialis derogat legi generali*¹⁰⁴⁸; pourtant, il ne remet pas en cause l’article 12 du CPC. Les deux dispositions sont

¹⁰⁴⁷ S. PIEDELIÈVRE, «Droit de la consommation et office du juge», note sous Cass. 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, D. 2009, p. 908, *précité* : « [...] le pouvoir donné au juge de recourir au relevé d’office aussi bien par la Cour de cassation et par le législateur démontre un malaise dans ce que l’on peut appeler le droit processuel de la consommation que l’on tente ainsi de corriger ».

¹⁰⁴⁸ Adage latin : « Les règles spéciales dérogent aux règles générales ».

donc compatibles, et joueront sur le même terrain : pour trancher un litige du droit de la consommation, le juge pourra soulever d’office les dispositions du Code de la consommation.

b) La confusion des articles L.141-4 et 12, alinéa 1^{er} ?

454. Le premier alinéa ou le relevé d’office. – Le juge ne doit pas être étouffé lorsqu’il tranche le litige en droit. Contrairement à l’article L.141-4 du Code de la consommation, l’article 12, alinéa 1^{er} du CPC, qui lui commande de trancher le litige conformément aux règles de droit, ne renvoie pas spécifiquement à un *corpus* de règles en particulier. Il ne fait que le restreindre aux règles de droit applicables au litige qui lui est soumis. Cet alinéa a amené une partie de la doctrine à remettre en cause l’utilité de la réforme intervenue en 2008 ; elle considérait que le relevé d’office était déjà possible au sein de l’article 12 du CPC¹⁰⁴⁹.

Pour appuyer la proposition de réforme en faveur du relevé d’office du juge, le rapporteur G. CORNU s’est appuyé sur cet alinéa : « [...] le premier alinéa de l'article 12 de ce code énonce que " le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ". Il apparaît donc que le juge dispose bien, dans le cadre d'un litige, du pouvoir de relever d'office un moyen de droit, et ce, quel que soit sa nature »¹⁰⁵⁰.

Le relevé d’office était donc déjà présent dans le droit interne ; il était paralysé par la jurisprudence de la Cour de cassation. La réforme n’aurait pas été utile si cette dernière n’avait pas été à l’origine d’une théorie construite de toutes pièces.

2° Une réforme prudente et des propositions téméraires

En se « contentant » de consacrer le relevé d’office au sein du Code de la consommation, le législateur témoigne d’une certaine prudence. Celle-ci n’a pas été celle du juge communautaire lorsqu’il a d’abord consacré le relevé d’office au sein du droit des clauses abusives puis du crédit à la consommation. Si le législateur français avait mis de côté cette prudence, il aurait peut-être fait des propositions plus téméraires quant au champ d’application du relevé d’office du juge. De telles propositions auraient été plus conformes au droit communautaire de la consommation : elles visent à opérer une réforme de l’article L.141-4 du Code de la consommation (a) ou de l’article 12 du Code de procédure civile (b).

¹⁰⁴⁹ Cf. note 324 : une analyse de l’article 12 en faveur du relevé d’office avait été confrontée à la solution de la Cour de cassation (jurisprudence « Grine ») qui se refusait au relevé d’office.

¹⁰⁵⁰ G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité*.

a) Propositions de réformes de l'article L.141-4

455. Un élargissement au droit de la consommation. – Si le législateur a été fidèle à la jurisprudence des juges du fond et de la Cour de justice ainsi qu'au droit communautaire, la sentence de l'article L.141-4 aurait pu être tournée de la manière suivant : « Le juge peut soulever d'office toute disposition applicable aux litiges opposant un consommateur à un professionnel » (cette formule intègre les dispositions du Code civil par exemple) ; ou encore : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions issues du droit de la consommation dans les litiges nés de son application ». Une telle formule conserve la volonté du législateur de n'accorder qu'une faculté au juge d'exercer le relevé d'office afin de lui laisser la liberté de procéder au relevé d'office ou non. Si une présomption de faiblesse est communément accordée au consommateur, il est des cas où le professionnel a des difficultés à défendre ses droits en raison d'un manque de moyens et/ou d'informations ; on pense, par exemple, aux petits artisans ou aux petites entreprises dont les intérêts peuvent aussi être mis en danger lorsqu'ils rencontrent un litige avec leur cocontractant-consommateur.

De plus, les propositions ne mettraient pas l'exigence de sécurité juridique plus en péril qu'elle ne l'est déjà quant à la définition du consommateur et du professionnel (dont nous savons que la jurisprudence, sur cette question, est particulièrement dense¹⁰⁵¹). Le but n'est pas d'avantager l'une des deux parties mais de rendre la justice conformément aux règles de droit¹⁰⁵². Dès lors, le relevé d'office du juge, qui n'oublie pas l'intérêt des créanciers¹⁰⁵³, ne va pas nécessairement dans le sens du consommateur¹⁰⁵⁴. Or, cette justice ne peut être assurée que si chaque partie dispose des mêmes armes : l'office du juge, réparti de manière équitable entre les deux (peu importe que l'une, l'autre ou les deux soient représentées par un ou plusieurs avocats).

¹⁰⁵¹ Cf. note 8 s.

¹⁰⁵² Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité* : « En procédant au relevé d'office, le juge ne vole pas au secours d'une partie mais, au contraire, agit simplement en serviteur de la loi ».

¹⁰⁵³ Selon le rapport « Canivet » du 30 novembre 2005 sur l'application des dispositions relatives à la procédure de redressement personnel figurant au titre III de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, le relevé d'office du juge de la mauvaise foi du débiteur se justifie au regard du préjudice qu'elle peut causer aux créanciers.

¹⁰⁵⁴ A titre d'exemple, sur le relevé d'office de la déchéance, pour le consommateur, du bénéfice du dispositif de traitement du surendettement : Cass, 2^e civ. 12 avril 2012, n° 11-12.160, Bull. civ. 2012, II, n° 76, *précité* : « Mais attendu qu'ayant relevé que Mme X... avait commencé à disposer au détriment des créanciers d'une partie du capital décès qu'elle avait perçu au décès de son époux et qu'elle avait vendu son véhicule, sans accord des créanciers, de la commission ou du juge, acte de nature à aboutir à une perte de substance dans le patrimoine de son auteur, le juge de l'exécution, qui avait le pouvoir de relever d'office la déchéance de la procédure de traitement de sa situation de surendettement, a pu statuer comme il l'a fait ».

456. Un anéantissement de la théorie des nullités. – Il apparaît, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, que le seul moyen pour elle de fermer la porte au relevé d’office était fondé sur la théorie « classique » des nullités¹⁰⁵⁵. La réforme aurait donc pu porter sur cet aspect afin d’endiguer cette jurisprudence tant critiquée : « Le juge peut relever d’office toute les dispositions du présent code, même d’ordre public, dans les litiges nés de son application ».

Et pour répondre aux deux problématiques ensemble (celle tenant au champ d’application du relevé d’office et l’autre à la théorie des nullités), la formule aurait pu être la suivante : « Le juge peut soulever d’office toute disposition, même d’ordre public, applicable aux litiges opposant un consommateur à un professionnel » ou bien : « Le juge peut soulever d’office toute disposition, même d’ordre public, applicable aux litiges du droit de la consommation ». On permettrait au juge de s’appuyer sur l’ensemble du droit applicable pour trancher un litige du droit de la consommation dans lequel une partie faible serait confrontée à une partie forte, sans attendre d’aucune d’elles qu’elles n’invoquent d’abord le moyen juridique.

Des propositions de réformes à l’égard de l’article 12 du CPC viennent tout naturellement.

b) Propositions de réformes de l’article 12

Et s’il n’était pas question de créer une procédure parallèle à celle du droit commun mais plutôt d’enrichir celle du droit commun au regard de l’évolution des branches du droit qui le compose ? Cet enrichissement pourrait faire à nouveau basculer le relevé d’office au sein du Code de procédure civile, au point de créer un article 12, alinéa 4 au lieu d’un article L.141-4, comme une résurrection de l’ancien alinéa 3.

457. Un article L.141-4 du « Code de procédure civile ». – La création d’un article « L.141-4 » au sein du CPC présenterait un intérêt plus large que la seule protection des consommateurs, tout en respectant l’harmonie du CPC au regard du droit de la consommation.

¹⁰⁵⁵ Une fragilité mise en avant par le magistrat G. POISSONNIER, qui remarque que la notion « [...] n’a reçu aucun écho en droit communautaire » ; G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285.

La jurisprudence française de la théorie des nullités mettait en échec et contredisait le premier alinéa de l'article 12 du CPC¹⁰⁵⁶. La réforme du Code de la consommation par le nouvel article serait donc le point de jonction entre les deux corps de règles¹⁰⁵⁷. Cet article L.141-4 permet enfin au premier alinéa de l'article 12 d'être effectif en droit de la consommation. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'une telle disposition, consacrant l'office du juge, ne soit effectuée qu'au sein du droit/Code de la consommation. La difficulté de la mise en jeu de l'article 12 du CPC se heurtait aux spécificités du droit de la consommation : « [...] le pouvoir donné au juge de recourir au relevé d'office aussi bien par la Cour de cassation et par le législateur démontre un malaise dans ce que l'on peut appeler le droit processuel de la consommation que l'on tente ainsi de corriger »¹⁰⁵⁸.

458. L'intérêt de la proposition en droit civil. – Cela conduit à penser qu'une consécration du relevé d'office est possible de la même manière au sein des autres matières, sans qu'une modification de leurs corps de règles ne soit nécessaire afin de permettre la mise en jeu de cet article 12 du CPC. Il est aussi possible que les autres domaines du droit n'aient pas fait l'objet d'une étude approfondie afin de savoir si le relevé d'office y est possible ; rien n'aurait conduit la jurisprudence ni la doctrine à se pencher sur une telle question.

459. Et pourtant : le droit social anéantit cette hypothèse. L'arrêt « Grine » a largement dépassé les frontières du droit de la consommation par une application de sa solution au sein du droit social : celui du 30 octobre 2002¹⁰⁵⁹ en particulier. L'application d'une telle solution en droit social est aussi grave pour les salariés qu'elle ne l'est pour les consommateurs en droit de la consommation qui « [...] demeure avant tout un droit favorable au consommateur, tout comme le droit du travail est un droit favorable au salarié »¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁶ Cf. : note 324.

¹⁰⁵⁷ G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité* : « Enfin, et c'est le plus important, votre rapporteur rappelle que le principe général relatif aux pouvoirs du juge dans le cadre d'un procès civil est posé par le premier alinéa de l'article 12 du nouveau code de procédure civile (« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ») et que c'est uniquement une jurisprudence de la Cour de cassation qui interdit la mise en œuvre de ce principe au droit de la consommation. C'est donc bien spécifiquement ce droit qui, en l'espèce, fait l'objet de la discussion, et la remise en cause de la position de la Cour doit passer par une modification du code de la consommation ».

¹⁰⁵⁸ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité*.

¹⁰⁵⁹ Cass, soc., 30 octobre 2002, n° 00-45.572, Bull. civ. 2002 V, n° 332, p. 321, *précité*. Cf. note 321.

¹⁰⁶⁰ G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285, *précité*.

460. Pour faire suite à cette interprétation et répondre aux exigences du droit de la consommation, le relevé d’office aurait pu être réformé au sein même du Code de procédure civile par une modification de l’article 12. En procédant à la consécration du relevé d’office et à l’anéantissement de la jurisprudence de la Cour au sein du Code de procédure civile la réforme aurait été considérable ; le texte de l’article L.141-4 limite le relevé d’office tant aux dispositions du Code de la consommation qu’au domaine du droit de la consommation. Le déplaçant de la réforme au sein du Code de procédure civile entraînerait une extension du relevé d’office à l’ensemble des litiges relevant du droit civil. Et il n’y aurait ici rien de nouveau car c’est une proposition qui rappelle à nos mémoires l’ancien alinéa 3 de l’article 12 du Code de procédure civile¹⁰⁶¹ lequel prévoyait le relevé d’office du juge au sein de ce code¹⁰⁶².

Une telle consécration de l’office du juge ne viendrait pas contredire la volonté du droit communautaire qui, à travers le souhait de la protection du consommateur face au professionnel, ne faisait qu’exprimer le souhait de respecter l’exigence du procès équitable. Le juge communautaire avait déclaré que les directives de 1986 et de 1993 ont une portée plus large que la seule protection des consommateurs ; elles servent aussi le droit du marché. En tentant de rétablir un équilibre entre les parties au sein du droit de la consommation, la jurisprudence communautaire avait plus qu’effleuré le droit à un procès équitable, elle le garantissait. Or, la question se pose de savoir si le droit de la consommation est l’unique branche du droit souffrant d’un déséquilibre entre ses acteurs. Si le rapport contractuel et juridique consommateur/professionnel est une des particularités qui a fait et qui fait encore le droit de la consommation aujourd’hui, des déséquilibres sont toujours possible ailleurs. La justice ne confronte jamais des parties possédant des armes totalement égales.

461. Les hommes sont tous égaux « en moyens juridiques ». – A partir de quand doit-on considérer que cette inégalité intéresse les pouvoirs publics ? Quel est le niveau de déséquilibre qui rend l’intervention du juge nécessaire ? Il semble que cela ne dépende que de l’intérêt des pouvoirs publics pour cette difficulté, et donc de la matière dans laquelle elle se pose. Il est vraisemblable que ce déséquilibre soit partout ; les hommes ne sont pas égaux en moyens intellectuels et/ou juridiques. En consacrant l’office du juge directement au sein de la procédure civile, cette difficulté serait dissipée. Elle n’est cependant partagée par

¹⁰⁶¹ Ancien article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile, *précité* : « Il peut relever d’office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ».

¹⁰⁶² Cf. : note 47.

B. GORCHS qui condamne une telle « [...] instrumentalisation du relevé d'office des moyens [...] »¹⁰⁶³ de droit tel qu'il existe au sein de l'article 12 du CPC. Pourtant, en reconnaissant le relevé d'office du juge au sein du Code de la consommation par les nécessités que pose le droit de la consommation, la réforme suppose que cette nécessité lui soit propre et ne soit pas celle des autres matières. Or, il n'est même pas question de nécessité : il est en fait question de justice, et en n'accordant pas cette exigence à la procédure civile, on ôte au juge son pouvoir de *jurisdictio*. Ce pouvoir ne serait réel qu'au sein du Code de la consommation ; il serait faussé dans les autres matières où les parties sont présumées être égales en armes.

462. Un article 12, « alinéa 4 » du CPC ou la « résurrection » de l'ancien alinéa 3. –

Le spectre de l'ancien alinéa 3 de l'article 12 pourrait trouver une nouvelle jeunesse et revenir hanter le Code de procédure civile au sein d'un alinéa 4 de cette manière : « Il peut relever d'office les moyens quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties »¹⁰⁶⁴ (l'article 12 serait alors constitué de cinq alinéas). Dans tous les cas, et suite à une rétrospective de l'évolution du droit de la procédure civile et du droit de la consommation, il semble que d'autres solutions s'offraient au législateur pour accorder au juge le pouvoir de relever d'office les dispositions du Code de la consommation. Il est alors étrange que le législateur n'ait pas souhaité étendre le relevé d'office de manière générale, puisque sa raison d'être avait été tirée de la faiblesse du consommateur, et donc de l'objectif de sa protection dans ses rapports juridiques avec un professionnel. La réforme est timide et ne suit pas aveuglément les « désirs » du juge communautaire, d'autant qu'elle ne fait qu'ouvrir une faculté du relevé d'office (« [...] Le juge peut [...] »).

463. Pour autant, « [le] rôle actif du juge est dans l'air du temps »¹⁰⁶⁵, et « [...] il vient d'être consacré dans le droit de la consommation »¹⁰⁶⁶. La cohabitation s'installe. La doctrine prend connaissance du nouveau texte, et s'interroge : comment doit-on lire cet article ? Quelle est l'analyse qui peut lui être donnée quant au débat portant sur la faculté ou l'obligation du juge de relever d'office une clause jugée abusive, et qui occupe l'esprit des juges et de la doctrine ?

¹⁰⁶³ B. GORCHS, «Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée», *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

¹⁰⁶⁴ Ancien article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile (dans sa rédaction antérieure à la décision du Conseil d'Etat du 12 octobre 1979) : « Il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ».

¹⁰⁶⁵ B. VIAL-PEDROLETTI, « Cautionnement : défaut de reproduction de la mention manuscrite », *Loyers et Copropriété*, novembre 2008, n° 11, comm. 238.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

464. Un débat aux cendres encore chaudes. – La réforme ravive d'anciens débats quant à l'office du juge. L'article L.141-4 aura-t-il un impact sur la question de l'office du juge quant à la qualification du fondement juridique de la demande ? Si la réforme « Chatel » n'a pas modifié l'article 12 du CPC, on doit comprendre qu'elle n'a qu'un impact sur les litiges relevant du droit de la consommation. Le débat portant sur l'office du juge dans la qualification du fondement juridique et notamment quant à savoir si le juge était tenu d'une obligation ou s'il disposait d'une faculté suite à l'arrêt « Dauvin » est intact. Si ce débat trouve un écho en droit de la consommation c'est parce qu'avant la loi « Chatel », le juge exerçait son office au regard de l'article 12 du CPC. Le « peut » ou « doit » se posait donc nécessairement car la base était la même. Cette base est modifiée depuis la réforme, et distingue les litiges du droit de la consommation des autres litiges du droit civil. Cependant, les cloisons sont minces, et le juge n'est pas insensible à l'apport qui vient d'être fait à l'office du juge. Si le juge comprenait déjà le relevé d'office du juge dans le sens de la faculté, cet apport ne fait que le conforter dans cette direction. Réciproquement, la jurisprudence « d'après-Chatel » ne sera pas insensible à la jurisprudence-« Dauvin ».

La doctrine avait encouragé la réforme et s'était félicitée de voir enfin la consécration de l'office du juge au sein du droit de la consommation ; elle ne peut s'empêcher, à la lecture de l'article L.141-4, de regretter que le législateur ait fait usage du « peut » et non du « doit » pour organiser le relevé d'office du juge. La doctrine redoute que cette réforme, pourtant tant attendue, transforme le juge judiciaire en un « juge providence ».

§ 2. La portée incertaine de l'article « prodige » quant à l'intensité du relevé d'office

465. Si l'inspiration du nouvel article est d'évidence tirée de la jurisprudence communautaire et de l'ancien Code de procédure civile, l'innovation dont il propose d'enrichir le Code de la consommation dérange. Il s'avère que l'article L.141-4 intervient en plein milieu de la controverse. En mettant les pieds dans le plat, il attisera le débat nourri par la doctrine qui relèvera rapidement ses défauts : le « peut » en est un. La doctrine ne sera pas convaincue par cette réforme dont le retentissement en droit interne la poussera à dénoncer un encouragement à l'« interventionnisme » judiciaire. Un « interventionnisme » qui ne s'opère cependant que par le choix laissé au juge, qui soulèvera d'office toutes les dispositions du Code de la consommation dans les litiges nés de son application...ou non.

Il en ressort une incertitude générale quant à l'intensité devant être accordée au relevé d'office du juge récemment consacré (I), et surtout une préférence pour une obligation (II).

I. L'incertitude de l'intensité du relevé d'office

Le sentiment d'incertitude qui se dégage de l'article est motivé par la critique doctrinale formulée à l'égard de la faculté qu'il consacre (A). La fraîcheur de l'accueil qui lui est réservé en raison de cette faculté sème le doute : entre obligation et faculté le relevé d'office balance (B).

A. La critique de la faculté du relevé d'office

Alors que la proposition de loi en faveur du relevé d'office était perçue comme le moyen de « [...] réduire les déséquilibres existant entre les professionnels et les consommateurs dans les litiges qui les opposent en application du code de la consommation [...] »¹⁰⁶⁷, elle s'est traduite par une ingérence du juge dans le litige conduisant la doctrine à le qualifier de « juge providence »¹⁰⁶⁸. Si la formule semble élogieuse, elle dénonce surtout l'impact de la réforme sur l'exigence de sécurité juridique. La liberté reconnue au juge dans l'exercice du relevé d'office opère un « transfert de risque » aux justiciables (1) que condamne l'association de défense des consommateurs, l'UFC *Que Choisir* (2).

1° La liberté au juge, le risque aux justiciables

466. Insécurité juridique. – La critique doctrinale de « l'interventionnisme judiciaire » s'appuie sur l'idée que la simple faculté laissée au juge de relever ou non un moyen tiré du Code de la consommation entrainerait une grande insécurité juridique : l'issue du litige pour les consommateurs dépendrait d'un certain hasard, providentiel ou non. Est-il juste de permettre au juge d'intervenir dans le procès en faveur d'une partie ? Instinctivement, la

¹⁰⁶⁷ G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité*.

¹⁰⁶⁸ Cette qualité de « juge providence » n'a, pour le professeur P.-Y. GAUTIER « [...] rien de choquant, ni juridiquement, ni moralement », in « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », note sous Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. n° 10 *RTD Civ.* 2008, p. 317.

réponse est négative, car la solution du litige serait, pour les justiciables, tributaire du degré de bienveillance du juge.

467. Arbitraire judiciaire. – « La mise en œuvre de la règle issue de [...] l'article L. 141-4 comprend nécessairement un risque d'arbitraire [...] ». Pour le professeur S. PIEDELIÈVRE, le « peut » de l'article L.141-4 remet en cause la neutralité du juge¹⁰⁶⁹. En laissant le choix au juge de relever d'office ou non les dispositions du code, le législateur laisse le choix au juge de relever un moyen de droit ou de ne pas le faire. A partir du moment où ce dernier dispose d'un choix, l'arbitraire s'installe. Celui-ci relève de la subjectivité des juges et exposerait les litiges du droit de la consommation et donc les consommateurs à une hétérogénéité de la jurisprudence, composée de celle rendue par les juges relevant d'office les dispositions du code et de ceux ne le faisant pas : « [...] le risque de partialité ou d'arbitraire apparaît, lorsque l'application de la loi dépend du bon vouloir du juge, ou des moyens dont celui-ci dispose pour remplir son office »¹⁰⁷⁰.

La crainte rappelle à nos mémoires le « schisme » juridictionnel qui opposait la jurisprudence sévère à l'encontre des consommateurs de la Cour à celle, bienveillante, des juges du fond¹⁰⁷¹. Cette difficulté ne serait pas redoutée si le pouvoir du relevé d'office du juge était prévu par le Code de la consommation comme une obligation. Pour autant, les justiciables seraient toujours tributaires du niveau de compétence juridique du juge, tout comme de celle de leur(s) conseil(s)...

468. « Forum shopping ». – Selon le professeur O. GOUT, c'est bien une simple faculté de relever d'office les dispositions du Code que cet article établit pour le juge, ce qui a pour conséquence que « le consommateur est en effet à la merci de l'esprit d'initiative du juge qui connaîtra de son affaire »¹⁰⁷². Cet esprit d'initiative place le consommateur dans une incertitude accrue par la part de subjectivité du juge dans l'exercice de son office¹⁰⁷³. Cette critique lancée par cet auteur rappelle le problème que posent les pratiques que l'on qualifie

¹⁰⁶⁹ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité*.

¹⁰⁷⁰ MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC*, juillet 2013, n° 7, étude 9, *précité*.

¹⁰⁷¹ Cf. : note 271.

¹⁰⁷² O. GOUT, « Un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », *JCP G*, 4 février 2009, n° 6, act. 66.

¹⁰⁷³ G. BOLARD et S. GUINCHARD, « Office du juge - Le juge dans la cité », *JCP G*, 29 mai 2002, n° 22, p. 980, *précité* : « Livré à ses propres lumières, le juge serait happé par sa propre conception de l'existence, que d'autres peuvent ne pas partager et dont rien n'indique qu'elle soit préférable ou supérieure à celle des justiciables » ; « Le risque d'arbitraire n'exige pas la mauvaise foi du juge. C'est simplement le risque d'une appréciation subjective ».

de « *forum shopping* » utilisées pour soumettre un litige au juge le plus indulgent ou le plus sévère, ce que soulève d'ailleurs avec amusement E. CARRÈRE dans son roman lorsqu'il décrit la carrière du juge E. RIGAL¹⁰⁷⁴. L'issue du procès dépendra aussi de l'orientation du juge saisi de l'affaire quant à la question du relevé d'office. Ph. FLORES déclare quant à lui que « le législateur a choisi une solution plus souple, plus réaliste probablement »¹⁰⁷⁵.

Cette liberté fait même l'objet de critiques de la part de l'association de défense des intérêts des consommateurs UFC *Que choisir*.

2° La liberté du juge dénoncé par les associations de consommateurs

469. Une « délégation quasi-totale au pouvoir judiciaire ». – Le risque de l'insécurité juridique suscité par la consécration de l'office du juge a été soulevé par l'association UFC *Que Choisir*¹⁰⁷⁶ à l'occasion d'une affaire relative aux conditions générales de vente d'un professionnel. Le Tribunal de grande instance de Bordeaux a jugé le 11 mars 2008¹⁰⁷⁷, au terme de cinq années de procédure, que douze clauses contenues dans les conditions générales de vente du marchand en ligne CDiscount étaient abusives ou illicites ; la décision fit grand bruit, puisque la Cour demanda à ce que sa décision soit largement diffusée.

Si la décision est saluée par l'association qui déclare dans un communiqué publié le 27 mars 2008¹⁰⁷⁸ qu'elle « se félicite de cette excellente décision et invite, en conséquence, toutes les sociétés d'e-commerce à modifier leurs conditions générales de vente et les modalités de passation des commandes », elle est aussi critiquée par cette même association qui ajoute : « la lutte contre les clauses abusives fait aujourd'hui l'objet d'une délégation quasi-totale au pouvoir judiciaire, avec toutes les lenteurs et l'insécurité juridique que cela induit ». Même si une partie de la doctrine était favorable à ce pouvoir du juge, notamment les professeurs G. PAISANT¹⁰⁷⁹ et G. RAYMOND¹⁰⁸⁰, ce pouvoir est aussi critiqué : laisser au

¹⁰⁷⁴ E. CARRÈRE, *D'autres vies que la mienne*, POL, 2009, *précité*.

¹⁰⁷⁵ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹⁰⁷⁶ Union fédérale des consommateurs « Que Choisir ».

¹⁰⁷⁷ TGI, Bordeaux, 11 mars 2008, *Union fédérale des consommateurs-Que Choisir (UFC) c/ SA Cdiscount* ; note V. CRAPONNE, *LPA*, 2 juillet 2009 n° 131, p. 7, *act*.

¹⁰⁷⁸ P. ASTOR, *Clauses abusives : victoire amère d'UFC Que choisir contre Cdiscount*, article publié dans ZDNet, jeudi 27 mars 2008, <http://www.zdnet.fr>.

¹⁰⁷⁹ G. PAISANT, « Pour le pouvoir d'office du juge dans l'application des dispositions du Code de la consommation », *JCP G* 1^{er} décembre 2007, n° 2, n° hors-série, p. 66 : « [...] par souci d'une meilleure effectivité des dispositions d'ordre public du Code de la consommation et pour couper court à toute discussion, il conviendrait d'affirmer ce pouvoir d'office du juge dans une disposition générale dudit code ».

juge la libre appréciation des clauses au regard des armes qui lui sont données pour lutter contre les clauses abusives lui laisse un large champ d'action, d'autant plus qu'il est fondé sur des critères imprécis.

470. « Petit-déjeuner » à l'américaine. – Les critiques formulées ci-dessus rappellent la tradition américaine de la théorie du « petit déjeuner », selon laquelle le juge prend ses décisions au regard de la règle du précédent, mais aussi en fonction de toutes les considérations « politico-sociales ». Cette manière de rendre la justice a été fortement critiquée car elle ne s'appuyait pas seulement sur des éléments purement juridiques¹⁰⁸¹. Pour caricaturer cette justice, la doctrine grossit donc le trait en prétendant qu'elle dépend de ce que le juge prendra au petit-déjeuner, élément déterminant de son humeur du jour et donc des solutions qui seront rendues par lui.

Si la doctrine semble gênée par l'emploi du verbe « pouvoir » par le législateur, elle salue tout de même la rédaction du nouvel article L.141-4 du Code de la consommation, considéré comme un apport non négligeable quant à la protection du consommateur ou du non-professionnel. Les critiques auparavant adressées à l'encontre du relevé d'office du juge, en partie motivées par l'usage du « peut », invitent à s'interroger sur la portée réelle de la réforme quant à l'exercice par le juge de son pouvoir de relever d'office. Sa consécration voulue par la jurisprudence communautaire est retranscrite au travers de cet article dont la rédaction n'est pas à la hauteur des attentes. La question qui se posait quant à savoir si le juge devait ou pouvait qualifier et requalifier¹⁰⁸² en droit de la procédure civile, s'est naturellement transposée à celle de savoir si le juge peut ou doit relever d'office un moyen de droit (rapprochant encore le nouvel article du Code de procédure civile).

En effet, la rédaction de l'article L.141-4 n'est pas encore achevée que la question est déjà sur toutes les lèvres, portée sans doute plus par un profond désir des praticiens et de la doctrine de voir une obligation pour le juge que par une réelle incertitude. Cette dernière souligne l'hétérogénéité du système, source d'insécurité juridique. La doctrine cherche à démontrer que lorsque le législateur prévoit que le juge « peut relever d'office » les dispositions du code, il lui impose de le faire. Une telle interprétation se heurte à la rédaction de l'article qui prévoit sans ambiguïté que le juge « peut » soulever d'office.

¹⁰⁸⁰ G. RAYMOND, « Saisine d'office du juge national », note sous CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *R. c/ Franfinance*, JCP CCC décembre 2007, n° 12, comm. 310, *précité*.

¹⁰⁸¹ Pour un développement sur cette manière de rendre la justice : M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK, *La pensée juridique - Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, février 2005, p. 111.

¹⁰⁸² Cf. : note 144 s.

B. Le relevé d’office, entre obligation et faculté

La question de savoir si le juge peut ou doit relever d’office un moyen de droit se pose inévitablement : la faculté, si elle est envisageable, permet entre autre de ne pas surcharger le juge mais elle présente aussi des inconvénients. N’en ayant pas l’obligation mais la possibilité, le juge serait alors libre de relever d’office un moyen de droit ou de ne pas le faire.

Alors que le contenu du nouvel article L.141-4 ne devrait pas poser de difficulté d’application particulière, il ouvre la controverse : entre obligation et faculté, le relevé d’office balance. Il s’avère difficile de trancher au regard des textes relatifs à l’office du juge : l’un consacre la faculté (1), les autres impliquent une obligation(2).

1° Une faculté au regard du texte

La faculté du relevé d’office découle tant de la proposition de réforme que des textes déjà existants au sein du Code de procédure civile : l’alinéa 3 de l’article 16 du CPC n’évoque aucune obligation du juge, une absence d’obligation que l’on confirme même au sein de l’ancien alinéa 3 de l’article 12 du CPC

471. La proposition de réforme. – Lorsque G. CORNU devait défendre la proposition tenant à introduire le relevé d’office du juge au sein du Code de la consommation, il n’avait pas présenté celle-ci comme une obligation à la charge du juge : « Votre rapporteur fait observer que c'est à l'unanimité qu'elle a adopté l'amendement portant le présent article additionnel, qui ajoute au chapitre du code de la consommation concernant les actions juridictionnelles un article L. 141-4 nouveau, afin de permettre explicitement au juge de soulever d'office toutes les dispositions dudit code dans les litiges nés de son application »¹⁰⁸³. Le verbe « permettre », employé pour parler du relevé d’office du juge n’est pas équivoque. Le groupe de travail aurait pu proposer un article obligeant explicitement le juge à soulever d’office toutes les dispositions du code, ce qu’il n’a pas fait.

¹⁰⁸³ G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité*.

472. Le troisième alinéa de l’article 16 du CPC. – Le troisième alinéa de l’article 16 du Code de procédure civile¹⁰⁸⁴ reconnaît de manière implicite une faculté pour le juge de relever d’office des moyens de droit. La jurisprudence de la Cour avait fait usage de cet article en distinguant selon qu’il s’agissait de moyens de droit ou de fait appartenant à l’ordre public de protection ou de direction¹⁰⁸⁵. Pourtant, le texte n’avait jamais visé que « les moyens de droit »¹⁰⁸⁶. Toujours est-il qu’il fait usage du passé composé pour parler du relevé d’office du juge à travers le respect du contradictoire : « [...] il a relevés d’office [...] ». Si cet alinéa reconnaît clairement le relevé d’office du juge et vient en organiser l’exercice, le temps utilisé ne permet pas de préciser si cette reconnaissance vise une obligation ou une faculté pour le juge de relever d’office un moyen de droit.

473. L’ancien alinéa 3 de l’article 12 du CPC. – Pour comprendre le relevé d’office du juge de l’article L.141-4, il faut naturellement se tourner vers l’ancien alinéa 3 de l’article 12 du CPC¹⁰⁸⁷. Pour mémoire, si l’on s’en réfère à cet alinéa, supprimé par le Conseil d’Etat en 1979¹⁰⁸⁸, on s’aperçoit que le juge n’était pas, à cette époque, soumis à une obligation dans l’exercice du relevé d’office : « [Le juge] peut relever d’office [...] ». Le simple pouvoir pour le juge de relever d’office les moyens de pur droit était d’autant moins ambigu qu’il était précédé du second alinéa de l’article 12 : « [Le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux [...] ». La distinction était donc nette, et impliquait que si une obligation de requalification était clairement imposée au juge, il ne bénéficiait que d’une faculté de relever d’office les moyens de pur droit. Il est permis de croire que le législateur a voulu donner la même intensité au relevé d’office du juge dans le Code de la consommation.

Cependant, le verbe « pouvoir » est surtout le contraire d’« empêcher ». Il est donc là pour ouvrir la voie du relevé d’office et n’a pas nécessairement à être compris dans le sens d’une permission ou d’une obligation, mais surtout dans le sens d’un « choix » laissé au juge de relever d’office ou non une disposition du code. A partir du moment où ce choix est laissé au juge, il faut s’en référer aux fondations de son office pour connaître celui qui doit être fait.

¹⁰⁸⁴ Article 16, alinéa 3 du Code de procédure civile, *précité* : « [Le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

¹⁰⁸⁵ Cf. note 75.

¹⁰⁸⁶ G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285, *précité*.

¹⁰⁸⁷ Ancien alinéa 3 de l’article 12 du Code de procédure civile : « Il peut relever d’office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ».

¹⁰⁸⁸ Cf. : note 70 s.

La proximité de l'article L.141-4 du Code de la consommation avec l'article 12 du Code de procédure civile précédemment évoqué permet de remettre en cause la faculté consacrée par le législateur car elle permet d'envisager une obligation à la charge du juge. Si le verbe « peut » employé par le législateur invite à un éventuel relevé d'office des moyens par le juge, la doctrine soulève la question d'une possible obligation du juge : des auteurs se demandent si le juge ne devrait pas être contraint de relever d'office un moyen de droit dans les conflits du droit de la consommation.

2° Une obligation au regard de l'office du juge

474. Le « serpent de mer ». – Reprenant une expression de L. WEILLER¹⁰⁸⁹, le professeur O. GOUT, illustre la difficulté de la question du relevé d'office au-delà du droit de la consommation : « [...] la question de l'office du juge en droit processuel est un véritable serpent de mer, en particulier lorsqu'il s'agit de savoir si le juge est tenu ou dispose seulement de la faculté de relever d'office un nouveau moyen de droit »¹⁰⁹⁰. La question du « peut » ou « doit » quant au relevé d'office du juge et qui se posait déjà avant l'entrée en vigueur de la réforme, s'avère difficile à trancher.

Pour répondre à cette question, il faut rappeler au « serpent de mer » ses origines. L'ensemble des textes nécessaires à l'exercice de l'office du juge, associés, seront à la fois la cause et la solution de la controverse¹⁰⁹¹. Ces textes ne sont autres que le Code civil et le Code de procédure civile. Par ce retour aux sources, on se rappelle des critiques qui avaient déjà été formulées à l'encontre de la faculté du relevé d'office du juge dans la qualification du fondement juridique. Consacrée par l'arrêt « Dauvin », cette faculté avait été confrontée aux dispositions issues du Code civil et du Code de procédure civile. Ces critiques trouvent

¹⁰⁸⁹ L. WEILLER, « L'article 12 NCPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties », *JCP G* 9 janvier 2008, vol. II, n° 2, p. 10006, note sous Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *précité* : « La question de l'intensité des pouvoirs du juge dans le relevé d'office des moyens de droit est un véritable "serpent de mer" du droit processuel français ».

¹⁰⁹⁰ O. GOUT, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA* 30 mai 2008, n° 109, p. 20, *précité*.

¹⁰⁹¹ C. BLÉRY, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permis - Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », *Revue Procédures*, novembre 2012, n° 11, étude 6 : « Le recours à divers fondements n'est pas une nouveauté, mais il est permis d'avoir du mal à comprendre pourquoi un texte est choisi plutôt qu'un autre ». Dans cet article, C. BLÉRY fait état de la jurisprudence relative à l'office du juge, de manière à démontrer la diversité des textes qui nourrissent l'office du juge, prenant pour exemple un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 23 novembre 2011, n° 10-23.391, Bull. civ. 2011, I, n° 202. La Cour avait ici rappelé l'exercice de l'office du juge au visa de l'article 373-2-9 du Code civil : « [...] le juge aux affaires familiales doit statuer sur les modalités du droit de visite de l'autre parent » ; alors que le texte visé prévoit que le juge « statue », la Cour insiste par un : « doit statuer ».

naturellement leur place face à l’article L.141-4 qui suit la jurisprudence française. Cette problématique auparavant jurisprudentielle et désormais législative en raison de la consécration du relevé d’office dans le Code de la consommation, sera nourrie par la doctrine qui s’en fera l’interprète : au regard du Code civil, à titre subsidiaire (a), et du CPC, à titre principal (b).

a) Le Code civil à titre subsidiaire

En réglementant le sort des conventions, le Code civil prend immédiatement place aux côtés du Code de la consommation¹⁰⁹². Il s’associe, dans le même temps, au Code de procédure civile pour apporter une réponse à l’intensité qui doit être celle du relevé d’office du juge. Une telle réponse se trouve au sein des articles 6 et 1134 du Code civil.

475. L’article 6 du Code civil. – Le sixième article du même code¹⁰⁹³, confronté à la solution « Grine » interdisant le relevé d’office des moyens d’ordre public de protection, n’a pas moins d’intérêt au regard de la controverse tenant à l’intensité du relevé d’office. En ne faisant pas de distinction entre l’ordre public de protection et celui de direction lorsqu’il réglemente les conventions, l’article indique qu’il n’est jamais possible de déroger aux dispositions d’ordre public.

Avec la réforme, le législateur implique que le professionnel ne peut pas déroger à l’ordre public par le biais de l’insertion de clauses abusives au sein de ses contrats ou d’irrégularité dans ses offres préalables de crédit. En admettant que le juge soit autorisé et non obligé à relever d’office ces éléments, le législateur ouvre une dérogation à cette règle qui serait méconnue lorsque le juge ne ferait pas usage de son pouvoir de relevé d’office : « Cela revient à dire que les parties au contrat peuvent s’affranchir, consciemment ou inconsciemment, au moins par le silence gardé par l’une d’entre elles, d’une règle à laquelle le législateur a conféré le caractère d’ordre public, ce qui est directement contraire à l’article 6

¹⁰⁹² Cf. note 3.

¹⁰⁹³ Article 6 du Code civil, *précité* : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs ». A titre d’exemple : Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-14.954, Inédit : « Attendu que le tribunal énonce exactement que la méconnaissance des dispositions d’ordre public du code de la consommation peut être relevée d’office par le juge et que par application de l’article 6 du code civil nul ne peut donc y déroger ».

du Code civil »¹⁰⁹⁴. Comment justifier qu'une dérogation puisse être admise de manière détournée, via le silence ou l'ignorance du consommateur et de la passivité du juge ?

Une obligation du relevé d'office des moyens tirés du Code de la consommation empêcherait toute convention particulière contraire à l'ordre public de prendre forme.

476. L'article 1134 du Code civil. – L'article 1134 du code fixe la force obligatoire des contrats¹⁰⁹⁵. *A contrario*, les conventions illégalement formées ne tiennent pas lieu de loi à ceux qui les ont faites. Le professeur P. DELEBECQUE considère d'ailleurs que le Code civil permet de lutter efficacement contre les clauses abusives car, à portée plus générale, il aurait un champ d'application plus large¹⁰⁹⁶. L'article 1304 du même code régleme les effets d'une telle convention¹⁰⁹⁷ et ouvre l'action en nullité sur ce fondement. Le législateur a voulu empêcher ces conventions de maintenir les parties dans le lien contractuel ainsi formé et donner à la bonne foi une certaine valeur contractuelle¹⁰⁹⁸ à travers le troisième alinéa de l'article 1134¹⁰⁹⁹. La jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁰⁰ paraissait contraire à cette disposition : elle avait forcé certains consommateurs à demeurer liés par un contrat irrégulier en ne relevant pas d'office la clause abusive qu'un consommateur, non informé, n'aurait pas vu.

¹⁰⁹⁴ G. RAYMOND, «Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs», *JCP E* 20 mars 2008, n° 12-13, 1383, p. 17, *précité*.

¹⁰⁹⁵ Article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁰⁹⁶ P. DELEBECQUE, note sous Cass, 1^{re} civ. 6 décembre 1989, n° 88-16.727, Bull. civ. 1989 I, n° 379, p. 255, *JCP G* juillet 1990, vol. II, n° 29, 21534, *précité* : « La Cour de cassation aurait donc pu viser l'article 35 de la loi de 1978 pour écarter la clause critiquée. Pourtant, elle ne l'a pas fait et a préféré s'en tenir au bon article 1134 du Code civil. Cette voie, à la réflexion, paraît la plus judicieuse ».

¹⁰⁹⁷ Article 1304 du Code civil : « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ; et à l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant ».

¹⁰⁹⁸ Sur cette notion, et son rôle dans l'équilibre contractuel : M. LUBY, «TROP NE VAUT RIEN! (Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)», *JCP CCC* janvier 2004, 1, p. 9, *précité* : « [...] une "moralisation" des rapports contractuels pouvait être assurée par le biais du principe de "bonne foi contractuelle " [...] » ; J.-L. FOURGOUX, «La concurrence des compétences en matière de droit de la concurrence interne et communautaire», *JCP E* 27 janvier 1994, n° 4, 325 : « Après tout, on en revient simplement à prendre en considération la bonne foi qui ne doit pas seulement marquer l'exécution (C. civ. art. 1134) mais aussi la conclusion du contrat ».

¹⁰⁹⁹ Article 1134 du Code civil : « [Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

¹¹⁰⁰ Cf. : note 299.

Le Code civil, qui comprend aussi des dispositions issues du droit de la consommation, complète le Code de la consommation. Son analyse est nécessaire et présente un intérêt certain pour la question qui nous préoccupe ; les différentes matières du droit ne doivent pas être isolées les unes des autres mais plutôt comprises les unes par rapport aux autres¹¹⁰¹.

Sans aller plus loin dans l’analyse des dispositions du Code de procédure civile et du Code civil, l’article L.141-4 du Code de la consommation ne semble pas bien assorti au relevé d’office du juge. Si cette interprétation des textes voisins n’est pas déterminante, c’est la doctrine qui entérine cette thèse. Militante du « doit », une partie de la doctrine se penche sur la problématique liée à l’exercice du relevé d’office du juge. Des auteurs affichent leur préférence pour une obligation à la charge du juge dans le relevé d’office des moyens de droit, même s’ils ont conscience des difficultés pratiques déjà relevées avant l’entrée en vigueur de la loi « Chatel »¹¹⁰² à laquelle cette dernière peut se heurter et qu’il ne faut pas négliger¹¹⁰³.

A titre principal, une interprétation du Code de procédure civile enrichit le débat.

b) A titre principal, le Code de procédure civile

477. Le relevé d’office par défaut de l’article 472 du CPC. – L’article 472 du Code de procédure civile¹¹⁰⁴ a déjà été évoqué pour critiquer le refus de la Cour de cassation d’accorder le pouvoir du relevé d’office au juge¹¹⁰⁵. Cette disposition lui ordonne de trancher

¹¹⁰¹ La notion de cause est même envisagée comme la clef de la solution aux déséquilibres contractuels à l’occasion d’une réflexion menée sur la réforme du Code civil : D. MAZEAUD, *Les réformes du droit des contrats*, colloque du mardi 17 décembre 2013 à l’Université de Montpellier.

¹¹⁰² A propos de l’arrêt d’Assemblée plénière qui avait exclu une obligation du relevé d’office du juge : L. WEILLER, « L’article 12 NCPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties », *JCP G*, 9 janvier 2008, vol. II, n° 2, p. 10006, note sous Ass. Plén. 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *précité* : « Il s’agit vraisemblablement de contenir les flux judiciaires qui n’auraient pas manqué d’assaillir la Haute juridiction si la solution inverse avait été posée. De fait, il ne serait guère raisonnable, en l’état de la prolifération des régimes spéciaux, d’imposer au juge de rechercher et de se saisir d’office de tous les moyens dont les parties auraient pu se saisir, mais qu’elles ont pour une raison ou une autre négligés ».

¹¹⁰³ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité* : « En effet, en pratique, le relevé d’office est subordonné aux conditions dans lesquelles l’affaire est portée devant le juge, et en premier lieu aux éléments de fait, de preuve et de droit qui lui sont soumis. La qualité de la réponse dépend de la qualité de la question. Elle se heurte aussi à de simples obstacles matériels, à savoir les conditions de travail du juge ».

¹¹⁰⁴ Article 472 du Code de procédure civile, *précité* : « Si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond ».

Le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l’estime régulière, recevable et bien fondée ».

¹¹⁰⁵ Cf. : note 326 : l’article 472 du CPC avait été confronté à la solution de la jurisprudence « Grine » pour la critiquer.

le litige même en l’absence de l’une des parties. Cet article pourrait aider à comprendre la thèse en faveur de l’obligation du relevé d’office du juge par cette simple question : quelle différence y-a-t’il entre un défendeur techniquement absent au débat par l’insuffisance de sa défense et un défendeur physiquement absent des débats ?

Si le juge doit trancher le litige en droit en l’absence du défendeur défaillant, ne pourrait-on pas attendre du juge qu’il soit obligé de relever d’office un moyen de droit dans le silence d’une partie défaillante ? Lorsque le texte prévoit qu’ « [...] il est néanmoins statué sur le fond » et que « le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l’estime régulière, recevable et bien fondée », il implique que le juge apprécie les éléments juridiques qui s’imposent à lui ; qu’ils aient été relevés par les parties ou qu’ils l’aient été d’office par le juge. Que les parties soient défaillantes ou impuissantes entraînent le même constat : une absence de défense efficace. Le devoir du relevé d’office qu’implique la défaillance d’une partie et qui s’exerce par défaut, doit être transposé au relevé d’office qu’implique la faiblesse du consommateur. Le juge devrait donc toujours relever d’office des moyens de droit destinés à protéger le consommateur partie faible qui, même présent au débat, ne participera pas au procès aussi efficacement que le professionnel, plus diligent.

S’il ne le fait pas pour le consommateur, le juge serait amené à le faire par principe.

478. Le relevé d’office par principe de l’article 12 du CPC. – L’article 12 du Code de procédure civile déjà évoqué au regard de l’office du juge, livre des réponses quant à l’impact de la réforme sur le relevé d’office du juge : d’abord parce que c’est lui qui distribue les rôles des parties au procès, ensuite parce que le pouvoir du relevé d’office du juge a été expressément reconnu au sein de l’ancien alinéa 3. Depuis sa disparition, nous avons vu que cet article n’en garde pas moins un intérêt certain pour l’étude du relevé d’office du juge¹¹⁰⁶.

Concernant les alinéas toujours en vigueur au sein de l’article 12, le premier d’entre eux¹¹⁰⁷ suffirait aujourd’hui à admettre un devoir de relevé d’office du juge. Alors qu’il avait déjà permis à la doctrine de défendre la faculté du relevé d’office pour le juge, il pourrait permettre maintenant la défense de son obligation. Le rapporteur G. CORNU avait conclu lui-même que le pouvoir du relevé d’office des moyens de droit y trouvait toute sa légitimité¹¹⁰⁸. Mais si ce dernier avait, avant la réforme « Chatel », permis de comprendre que le juge

¹¹⁰⁶ Cf. sur la persistance du 3^e alinéa de l’article 12 du CPC : note 76.

¹¹⁰⁷ Article 12, alinéa 1^{er} : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

¹¹⁰⁸ G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité*.

bénéficiait d’un pouvoir de relever d’office, c’est l’usage du présent (« Le juge tranche [...] ») qui incite aujourd’hui une partie de la doctrine à comprendre que le juge est investi d’un devoir de relever d’office les moyens de droit qui lui permettraient de procéder au règlement du litige, sans distinction des moyens de droit, de fait, d’ordre public, etc. Ce devoir du juge découlerait d’une combinaison des articles 12 du CPC et L.141-4 du C. Conso¹¹⁰⁹. Il est regrettable que l’obligation du relevé d’office résulte de cette équation ; une solution plus simple serait celle d’une fusion des deux articles.

Le premier alinéa énoncerait que le juge a l’obligation de faire une application des dispositions du Code de la consommation, et que dans le cas où la clause qui lui est soumise apparaîtrait contraire aux dispositions de ce dernier, il aurait, en vertu de cet alinéa, le devoir de trancher le litige qui lui est soumis conformément aux règles issues de ce code. Le second alinéa, selon lequel le juge n’est pas lié par la qualification proposée par les parties et qu’il est donc obligé d’appliquer de lui-même celle qui s’impose, n’est que l’affirmation du premier.

Les magistrats Ph. FLORES et G. BIARDEAUD ajoutent en ce sens qu’« [...] il est douteux de considérer que le juge qui, repérant le texte de droit applicable à l’espèce et susceptible de trancher le litige conformément à la loi, laquelle est l’expression de la volonté générale, reste inerte et, dans une espèce de darwinisme judiciaire, laisse la solution du litige dépendre uniquement de l’habileté respective des parties, respecterait son obligation d’impartialité. En effet, l’impartialité n’est pas la neutralité [...] »¹¹¹⁰. Le juge pourrait conserver son impartialité tout en relevant d’office un moyen de droit par une application de l’article 12 qui lui commande de trancher le litige en droit.

479. L’article 12 du CPC à la lumière de l’article 4 du Code civil. – Il faut se souvenir des propos du doyen WAQUET tenus en 2006 mais rapportés en 2009, soit après la réforme de la loi « Chatel » : « l’article 12 du Code de Procédure Civile doit se lire à la lumière de l’article 4 du Code civil¹¹¹¹ : aucune question de droit liée à la solution du litige ne peut être esquivée »¹¹¹².

¹¹⁰⁹ B. GORCHS, «Le relevé d’office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée», *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

¹¹¹⁰ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹¹¹¹ Article 4 du Code civil, *précité* : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

¹¹¹² Propos rapportés par Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

Partir à la recherche d'une obligation pour le juge de relever d'office un moyen de droit, conduit donc à l'article 4 du Code civil¹¹¹³ qui condamne le déni de justice. L'article 4 interdit au juge de s'abstenir de trancher le litige « [...] sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». A travers l'affirmation du doyen WAQUET, il faut comprendre que le couperet, qui tombait déjà lorsque le juge ne remplissait pas sa mission de qualification du fondement juridique au titre de l'article 12 du CPC, tombera de la même manière à l'égard du juge qui ignore un moyen tiré du Code de la consommation au prétexte que le nouvel article L.141-4 du Code de la consommation ne lui dicte qu'une faculté. Certes, le juge aura tranché le litige et sera exempt de déni de justice mais il ne l'aura pas fait en fonction de l'ensemble des moyens issus du droit de la consommation.

II. La préférence à l'obligation

Par une lecture minutieuse du texte de l'article L.141-4 du Code de la consommation, la doctrine prend part au débat. L'analyse qu'elle propose va dans le sens d'une obligation du relevé d'office à la charge du juge (B). C'est encore en se tournant vers la notion d'ordre public (A) qu'une telle préférence pourra être faite.

A. Une préférence au regard de la notion d'ordre public

480. Le Code de la consommation, catégorie « hybride » ? – Pour comprendre une obligation pour le juge de relever d'office un moyen de droit tiré du Code de la consommation, il faut à nouveau s'intéresser à la notion d'ordre public. Avec la réforme, on observe que le droit de la consommation appartient au domaine de l'ordre public de direction. Au-delà d'une lecture stricte des textes qui influencent ou régissent les conflits du droit de la consommation, il faut rappeler que la jurisprudence de la Cour de cassation avait distingué au sein de l'ordre public, celui de protection et de direction¹¹¹⁴. Cette distinction lui a permis de rejeter le pouvoir du relevé d'office du juge des dispositions appartenant à l'ordre public de protection. *A contrario*, elle imposait au juge de relever d'office celles d'ordre public de direction, qui relèvent de l'intérêt général. Ce *distinguo* s'appliquait donc à l'office du juge, partagé entre l'obligation de relever d'office et l'interdiction de le faire. Il convient donc de faire entrer les dispositions issues du Code de la consommation dans le cercle de l'ordre

¹¹¹³ Article 4 du Code civil, *précité* : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

¹¹¹⁴ Cf. : note 272.

public de direction, et de celui de protection afin de comprendre si le juge doit ou ne doit pas les relever d'office.

Le législateur prévoit que le juge peut relever d'office les dispositions du Code de la consommation, une troisième voie qui ne relève ni de l'interdiction, ni de l'obligation. Le législateur souhaite-t-il créer une catégorie hybride ? La particularité du droit de la consommation qui est autant protecteur des consommateurs que régulateur du marché¹¹¹⁵ permettrait de justifier un régime particulier ; l'on retrouve cette mixité au sein des objectifs visés par la loi de 2008 qui mêle développement de la concurrence et droit des consommateurs, ainsi qu'au sein de la directive 87/102¹¹¹⁶ : l'article L.141-4 utilise le « peut » en méconnaissance de cette mixité.

L'attachement des juristes à compartimenter leurs réflexions de manière bipartite laisse penser que le législateur appelle une interprétation de la réforme dans le sens d'une obligation pour le juge ; la faculté lui est plus proche que l'interdiction, dont il n'est même pas question dans le texte. Une partie de la doctrine avait considéré (révélant ainsi un certain attachement à l'ancienne distinction) que le Code de la consommation appartenait désormais au domaine de l'ordre public de direction. Et puisque l'intérêt public sur lequel elle repose ne devrait pas dépendre d'une simple faculté accordée au juge pour relever ou non un moyen tiré d'une disposition du code, c'est à travers la notion d'ordre public que la doctrine exprimera sa préférence pour une obligation du relevé d'office : « [...] les règles composant le Code de la consommation relèvent désormais, depuis la loi du 3 janvier 2008, de l'ordre public de direction alors que le juge est tenu de soulever d'office le non-respect de telles dispositions »¹¹¹⁷.

481. L'intérêt de la sous-distinction. – La sous-distinction auparavant faite entre l'ordre public de direction et celui de protection, est donc remise en cause par le professeur G. RAYMOND : « Pourquoi sanctionner de la nullité absolue les manquements aux dispositions relevant de l'ordre public de direction et de nullité relative celles qui relèvent de l'ordre public de protection ? [...] Mais pourquoi, en refusant au juge le pouvoir de soulever

¹¹¹⁵ G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285, *précité* : « [...] le droit de la consommation repose précisément sur « deux finalités : c'est un droit de protection qui possède la particularité de participer aussi à la régulation du marché », en ce sens qu'il organise le marché et le comportement de tous les acteurs économiques. Le droit de la consommation relève à l'évidence des deux ordres publics [...] ».

¹¹¹⁶ Cf. : la jurisprudence de la Cour de justice qui en a fait une interprétation en ce sens, note 378 ; CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion et Marie-Jeanne Godard, épouse Rampion contre Franfinance SA et K par K SAS*, *précité*.

¹¹¹⁷ C. ALLIEZ, « L'article L.141-4 du Code de la consommation : la réforme de l'office du juge en droit de la consommation », *LPA*, 2 juillet 2009, n° 131, p. 6, *précité*.

d'office le manquement à une règle relevant de l'ordre public de protection faudrait-il que l'autorité judiciaire cautionne un refus d'appliquer la règle de droit ? »¹¹¹⁸. Ce refus n'est pas admis par le professeur ; le moyen de le paralyser serait d'abandonner non pas la distinction entre l'ordre public de protection et de direction, mais l'attachement de cette distinction à la théorie des nullités.

En d'autres termes, qu'elle soit d'ordre public de protection ou de direction, la disposition ne devrait jamais être soumise à la sanction tirée de la nullité relative : ne resterait donc plus que des dispositions d'ordre public de direction. Le professeur L. CADIET avait rappelé que la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction ne définissait pas l'office du juge mais celui des parties : la nature du moyen ne fait que déterminer le droit pour les parties d'en disposer ou non, elle ne devrait pas impacter sur la faculté ou non pour le juge de le relever d'office¹¹¹⁹.

Il ressort d'une majorité de la doctrine, une préférence pour une obligation imposée au juge de relever d'office les dispositions du code. Celle-ci justifie son choix suivant les traces de l'ordre public mais aussi en exposant l'intérêt que présenterait une obligation du relevé d'office pour le consommateur.

B. Une préférence au regard de la protection du consommateur

Une obligation pour le juge de relever d'office les dispositions du Code de la consommation, même si elle ne fait pas de différence entre les parties en cause, présenterait un intérêt pour le consommateur : elle serait à la fois conforme à l'exigence du procès équitable (1) et à celle de l'effectivité du droit de la consommation (2).

¹¹¹⁸ G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *JCP E* 20 mars 2008, n° 12-13, 1383, p. 17, *précité*.

¹¹¹⁹ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Paris : Litec, 1998, p.487, *précité* : « Le juge doit donc relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige, que ces moyens soient d'ordre public ou qu'ils ne le soient pas. [...] Cette obligation est imposée par la nature même de l'office du juge ». Le professeur ne fait tomber cette obligation que lorsque les éléments de fait et de droit n'ont pas été spécialement invoqués par les parties.

1° L’obligation conforme au procès équitable¹¹²⁰

482. L’obligation du relevé d’office se justifie par l’exigence du procès équitable¹¹²¹, voire d’une « [...] réalisation suprême de la justice [...] »¹¹²². Si l’on s’en tient à la définition donnée par le professeur G. CORNU, l’équité peut avoir deux sens : celui tenant à « traiter également des choses égales »¹¹²³, et celui de « traiter inégalement des choses inégales », afin de rétablir l’équilibre¹¹²⁴. L’obligation du relevé d’office du juge serait le moyen de cet équilibre. Nous savons que le droit de la consommation est précisément une matière dans laquelle le contentieux confronte des parties en situations inégales ; c’est une inégalité au départ contractuelle qui se prolonge dans le rapport litigieux s’il en est. Si les parties n’ont pas de soutien particulier dans le déroulement de leur rapport contractuel, elles doivent en bénéficier lorsqu’intervient un désaccord. Le relevé d’office du juge serait le moyen de rétablir l’égalité entre les parties. Il serait donc contraire à l’exigence d’un procès équitable¹¹²⁵ que les juges ne fassent pas usage de leur pouvoir de relever d’office pour parfaire l’égalité entre les deux parties¹¹²⁶. Une telle pratique ne permettrait pas une égalité des armes entre les justiciables¹¹²⁷.

¹¹²⁰ Sur le procès équitable : articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 ; article 14 de la Convention européenne des droits de l’Homme du 4 novembre 1950 ; articles 14 et 26 du Pacte des droits civils et politiques 16 décembre 1966 ; Cons. const. du 27 décembre 1973 n° 73-51, considérant n° 2 ; CJCE 17 décembre 1998, aff. C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH*, point n° 20.

¹¹²¹ De manière générale, « le droit à un procès équitable constitue aujourd’hui la pierre angulaire des procédures juridictionnelles. Il faut l’entendre comme le droit à un procès équilibré entre toutes les parties (*equus* = équilibre) dont les principales manifestations, dans la jurisprudence de la Cour EDH, sont : le droit à un recours collectif devant un tribunal ; le droit à un tribunal indépendant et impartial ; le droit à un procès public, respectant l’égalité des armes et conduisant à un jugement rendu dans un délai raisonnable ; le droit à l’exécution effective de la décision obtenue », S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 746.

¹¹²² S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 397.

¹¹²³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, *précité*, p. 408 ; « équité » : « Justice fondée sur l’égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; principe qui commande de traiter également des choses égales ».

¹¹²⁴ *Ibid* : « Par glissement du sens 1, justice du cas particulier ; effort pour rétablir l’égalité en traitant inégalement des choses inégales ».

¹¹²⁵ Article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme du 4 novembre 1950 : « Droit à un procès équitable » : 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] ».

¹¹²⁶ G. POISSONNIER, « Mode d’emploi du relevé d’office en droit de la consommation », *JCP CCC*, 2009, étude 5 : « Il est regrettable que le juge ne se soit vu accorder qu’une faculté et non une obligation de relever d’office les dispositions protectrices du Code de la consommation » ; il explique que : « de ce fait, les juges étant indépendants, plusieurs pratiques risquent de voir le jour entre ceux qui ne relèvent pas ou rarement un moyen issu du Code de la consommation, et ceux qui le feront plus fréquemment ».

¹¹²⁷ R. MARTIN, « L’article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme contre l’article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.* 1996, vol. III, chron. 20.

483. Des regrets formulés. – Selon un auteur : « Il apparaît regrettable que ce relevé d'office ne soit pas obligatoire, ce caractère se justifiant d'une part parce que le droit est l'apanage du juge, auquel il appartient d'assurer le respect des lois et d'en garantir l'effectivité, et d'autre part parce que, en application du principe de l'égalité des citoyens devant la justice, toutes les affaires doivent être examinées de la même manière, quel que soit le juge saisi »¹¹²⁸. Ces regrets sont partagés par une partie de la doctrine¹¹²⁹ qui nuance toutefois ces derniers : « On peut peut-être regretter que le législateur n'ait pas été plus audacieux encore en consacrant l'obligation pour le juge de relever d'office les dispositions du Code de la consommation dès lors que le moyen est de pur droit et qu'il y va de l'intérêt du consommateur [...]. Mais c'est sans doute la volonté de maîtriser les flux judiciaires qui, comme l'arrêt de l'Assemblée plénière, explique le choix de la loi du 3 janvier 2008 »¹¹³⁰. Des raisons pratiques expliquent encore une fois le choix du législateur de la faculté.

484. Des regrets relativisés. – par une autre partie de la doctrine¹¹³¹. Elles sont même franchement contredites par le rapporteur G. CORNU. Ce dernier estime que la liberté de relever d'office répond à l'exigence du procès équitable, car le juge n'est pas toujours obligé de relever d'office un moyen de droit et ne le fait que lorsqu'il juge que la situation s'y prête : « Le juge qui supplée, lorsque l'occasion lui paraît propice, la faiblesse ou l'ignorance d'une partie, illustre et conditionne le droit à un procès équitable »¹¹³². Pourtant, l'opportunité est laissée à sa libre appréciation ; la doctrine considère que seule une obligation invariable imposée au juge pourrait paralyser tout arbitraire et participerait à préserver l'égalité des armes et le droit au procès équitable tel que le rapporteur le souhaitait lors du dépôt du projet de loi. Une partie de la doctrine avait même été plus loin, considérant que le principe même

¹¹²⁸ C. ALLIEZ, « L'article L.141-4 du Code de la consommation : la réforme de l'office du juge en droit de la consommation », *LPA*, 2 juillet 2009, n° 131, p. 6, *précité*.

¹¹²⁹ D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », *RDC*, 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078, *précité* : « En outre, on ne peut que regretter la formulation du texte « peut », qui conduit à laisser au juge le pouvoir d'en décider, ce qui n'est conforme ni à la sécurité juridique, ni à l'égalité des justiciables. La doctrine a justement regretté que la loi se soit contentée d'une « demi-mesure ». Il eût été préférable d'imposer au juge de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation qui assurent la protection du consommateur ».

¹¹³⁰ O. GOUT, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA*, 30 mai 2008, n° 109, p. 20, *précité*.

¹¹³¹ J. NORMAND, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD Civ.* 1996, p. 689 ; le professeur J. NORMAND souligne que la faculté du relevé d'office « [...] n'est même pas la réponse de principe ».

¹¹³² G. CORNU, Rapport n° 111 (2007-2008), au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007 à propos du « Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *précité*.

du relevé d'office pourrait être contraire au procès équitable par le simple fait de l'intervention judiciaire dans le procès¹¹³³.

De manière plus précise, une obligation du relevé d'office est mise en valeur au regard de l'exigence d'effectivité du droit de la consommation.

2° L'obligation, conforme à l'effectivité du droit de la consommation

485. Si l'objectif de l'effectivité du droit de la consommation cherchait à être atteint par le biais de l'entrée en vigueur de la réforme, certains doutent de son succès¹¹³⁴. La restriction du relevé d'office aux dispositions issues du code avait même déjà permis de douter de l'effectivité de la consécration du relevé d'office au regard du droit de la consommation. Admis pour le Code de la consommation, il est permis d'exprimer à nouveau le même doute que le « peut » ne fait que renforcer à l'égard de l'ensemble du droit de la consommation (Code de la consommation inclus). Pour H. CROZE le législateur a ainsi dévalorisé l'ordre public de protection¹¹³⁵.

Madame ALLIEZ est convaincue que seule une obligation du juge permettrait d'assurer l'effectivité du droit de la consommation ; elle trouvait regrettable que la réforme n'ait pas envisagé le relevé d'office du juge en ce sens : « [...] la protection effective du consommateur ne peut se réaliser que si le juge a l'obligation de relever l'existence de telles clauses »¹¹³⁶. Dès lors que la simple faculté de relever d'office un moyen tiré du Code de la consommation oppose un juge qui le fera obligatoirement à un juge qui le fera peut-être, il est évident que seul le premier assurera une meilleure effectivité de la protection du consommateur prévue par le Code de la consommation.

¹¹³³ X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, 11 avril 2001, n° 15-16, p. 747, *précité* ; S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité* : « on peut craindre que le principe de neutralité du juge ne soit pas toujours respecté et qu'il ne devienne un acteur du litige, en quelque sorte le douzième homme d'une équipe [...] ; on lui donne en quelque sorte la possibilité de se substituer à l'une des parties. Le principe de l'égalité des armes risque de ne plus être toujours respecté ».

¹¹³⁴ B. GORCHS, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010, p. 1300, *précité* : « [...] en parlant dans l'article L.141-4 du code de la consommation de simple relevé d'office des moyens tirés de la violation des dispositions dudit code, le droit français non seulement se trompe de qualification, mais surtout choisit un moyen inadéquat pour assurer au consommateur une protection effective ».

¹¹³⁵ H. CROZE, « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du Code de la consommation », *Revue Procédures*, mars 2008, n° 3, comm. 80.

¹¹³⁶ C. ALLIEZ, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation*, [Th. doct. : Droit privé et sciences criminelles : Université de Montpellier : 2008].

486. Sous-distinction supplémentaire. – L'attachement du droit de la consommation à l'ordre public de protection par la jurisprudence française est inadapté aux exigences du droit de la consommation. Alors qu'une disposition d'ordre public de protection devrait être relevée par la partie qu'elle protège, une disposition d'ordre public de protection du droit de la consommation ne le pourrait pas en raison de la faiblesse de la partie qu'elle protège. Le professeur G. POISSONNIER avait isolé une sous-distinction supplémentaire attachée à cette particularité du droit de la consommation : « seul un "ordre public de protection renforcé", dont les effets se prolongent en cas de litiges, est à même d'assurer une protection effective du consommateur »¹¹³⁷. L'adjectif « renforcé » permet d'imaginer qu'une disposition d'ordre public de protection, devant normalement être relevée d'office par la personne qu'elle est destinée à protéger le sera par le juge en raison de l'effectivité du droit de la consommation. Cette sous-distinction permettrait d'admettre que des dispositions d'ordre public de protection ne pourrait pas être relevées d'office par le juge, tandis que celles d'ordre public de direction et de protection « renforcée » l'y obligerait. Pourtant, une sous-distinction supplémentaire impliquerait une définition du champ d'application de l'ordre public de protection « renforcé », et serait source d'insécurité juridique. Au lieu d'admettre cette dernière en droit interne, la réforme de la loi « Chatel » a entendu simplifier le système par l'exclusion du droit de la consommation du champ d'application de l'ordre public de protection. C'est seulement le terme « peut » qui permet de douter de cette simplification.

487. Proposition de « doit ». – Pour parvenir à une effectivité du droit de la consommation telle que la doctrine la souhaite, le législateur aurait dû faire sortir le droit de la consommation du champ de l'ordre public de protection en élargissant la visée du texte et en intensifiant le relevé d'office de la sorte : « Le juge doit soulever d'office toutes les dispositions du droit de la consommation dans les litiges nés de son application ». On comprend qu'une telle formule n'ait pas été retenue par le législateur qui aurait mis les juges en difficultés. Mais si ce dernier souhaitait réellement assurer l'effectivité du droit de la consommation, telle aurait dû être la réforme du Code de la consommation qui n'aurait pas laissé de place à la controverse doctrinale portant sur la portée du relevé d'office du juge.

488. L'effectivité du droit de la consommation n'est que partiellement assurée par l'article L.141-4 du Code de la consommation par le biais du « peut » et du « présent code ». Un

¹¹³⁷ G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1285, *précité*.

« peut » certainement motivé par des raisons techniques qu’il est permis de regretter : la protection des consommateurs doit-elle être sacrifiée pour ces raisons ? La portée de cet article et la réponse qui peut être apportée à la question posée à travers l’épineux débat du « peut » ou « doit » s’ouvre à toutes les interprétations, tant ces dernières sont admissibles et le « peut » autant que le « doit » intelligible au regard de notre droit et des exigences du droit de la consommation. Une interprétation sera dévoilée par la jurisprudence interne qui interprète la loi du 3 janvier 2008 de façon à ce qu’elle mette fin à toute ambiguïté. Cette piste appelle une définition jurisprudentielle de la notion : c’est à travers les solutions rendues par le juge qu’il sera possible d’entrevoir dans quelle mesure ce dernier sera amené à appliquer la réforme. Le juge accèdera-t-il aux souhaits de la doctrine ?

SECTION 2

LA JURISPRUDENCE ET L’« EFFET UTILE » DU DROIT DE LA CONSOMMATION

Une solution jurisprudentielle sera naturellement apportée à la problématique que pose la réforme issue de la loi « Chatel », elle-même issue de la portée de la jurisprudence communautaire qui avait alors par la suite influencé l’adoption de la directive de 2005. La jurisprudence française du « peut » (§ 1) va rapidement révéler ses limites (§ 2).

§ 1. La jurisprudence française du « peut »

Face à la consécration du relevé d’office du juge par la jurisprudence communautaire confirmée par la réforme « Chatel », la Cour de cassation devait y être confrontée. Elle finit par reconnaître timidement la faculté du relevé d’office au juge. Si la Cour admet le principe de la faculté du relevé d’office du juge de moyens de droit, tiré à la fois de la jurisprudence communautaire et de la réforme de 2008, elle rappelle aussi qu’il existe l’exception issue du délai de forclusion qui appelle une obligation pour le juge dans l’exercice du relevé d’office.

489. La jurisprudence des juges du fond. – Les juges du fond étaient déjà largement favorables au relevé d’office ; ils ne verront pas leurs habitudes changer depuis l’entrée en vigueur du nouvel article L.141-4 dans le Code de la consommation. C’est sans surprise que ces derniers font usage du pouvoir qui leur est reconnu dans les litiges du droit de la consommation. La Cour d’appel de Colmar fait référence à la décision rendue par la Cour de justice dans un arrêt du 31 mars 2008¹¹³⁸. Elle vise clairement la solution communautaire, rappelant l’objectif d’effectivité des dispositions protectrices du consommateur en ces termes : « Attendu par ailleurs qu’aux termes de l’arrêt "Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores" du 27 juin 2000, la CJCE a considéré qu’une protection effective du consommateur ne pouvait être atteinte que si le juge national se voyait reconnaître la faculté d’apprécier d’office le caractère abusif d’une clause insérée dans une convention ; Attendu de plus que l’article L. 141-4 du Code de la consommation, créé par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 dispose que : "le juge peut soulever d’office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application", ce qui recouvre la législation sur les clauses abusives comprises dans ledit code ». Dans cet arrêt, le juge fait une application du nouvel article dans un litige portant strictement sur une clause abusive. Le même mois, dans un arrêt du 26 mars

¹¹³⁸ CA, Colmar, 31 mars 2008, n° 07/01704, *Cofinoga*.

2008, la Cour d’appel de Riom¹¹³⁹ fait une application du texte s’agissant d’une irrégularité dans une offre préalable de crédit, tout comme celle de Besançon le 19 mars 2008¹¹⁴⁰.

Avec la réforme de 2008, la Cour de cassation doit réellement se faire à l’idée du relevé d’office du juge. L’habitude est rapidement prise : même si l’introduction de l’instance est antérieure à l’entrée en vigueur du nouvel article, le juge l’applique au litige lorsqu’il tranche le litige postérieurement à l’entrée en vigueur de la réforme. Cette exigence permet de respecter l’objectif d’harmonisation de la directive à l’origine de cette réforme. Si elle a pu en faire usage¹¹⁴¹, l’arrêt du 22 janvier 2009 a été celui du bouleversement de la jurisprudence.

I. L’arrêt « Crédit mutuel c/ Betton »

La solution de l’arrêt du 22 janvier 2009 est « inespérée » pour la doctrine. Ce pourrait être l’arrêt « prodige » de la jurisprudence de la Cour de cassation (A). Elle se heurte à la question des effets de cette reconnaissance (B) et à laquelle elle va devoir répondre.

A. La solution inespérée de l’arrêt « Betton »

490. L’arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour, le 22 janvier 2009¹¹⁴², est considéré comme le premier par lequel la Cour de cassation reconnaît finalement au juge un pouvoir de relever d’office les dispositions du Code de la consommation (tel que le lui permet

¹¹³⁹ CA, Riom, 26 mars 2008, n° 07/02887.

¹¹⁴⁰ CA, Besançon, 19 mars 2008, n° 07/01797.

¹¹⁴¹ Cass, 1^{re} civ. 22 mai 2008, n° 05-21.822, Bull. civ. 2008 I, n° 145 : « Et sur le moyen relevé d’office, après avis donné aux avocats : Vu l’article L. 133-2 du code de la consommation ; Attendu, selon ce texte applicable en la cause, que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels s’interprètent, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ». A titre d’information, l’article L.133-2 du Code de la consommation qui a été soulevé d’office prévoit que : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.

Elles s’interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n’est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l’article L. 421-6 ».

¹¹⁴² Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton* : « Mais attendu que la méconnaissance des dispositions d’ordre public du code de la consommation peut être relevée d’office par le juge ; que le tribunal retient que le compte de Mme X... ayant fonctionné en position débitrice plus de trois mois sans qu’une offre de crédit conforme aux dispositions des articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation lui ait été proposée, de sorte que les dispositions de l’article L. 311-2 du même code n’ont pas été respectées, la banque est déchue de son droit aux intérêts » ; *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 7 note M. DEPINCE ; *D.* 2009, p. 365, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Revue Procédures*, mars 2009, n°3, comm. 84, note L. RASCHEL.

son article L.141-4¹¹⁴³). L'intérêt que présente l'arrêt est qu'il est rendu à l'occasion d'un litige relevant du crédit à la consommation, et qu'il se situe à cheval entre la solution de principe de la théorie de la nullité et l'entrée en vigueur de l'article L.141-4 du Code de la consommation. Sa primauté dans le paysage jurisprudentiel et le parallèle qu'il assure entre la jurisprudence « avant-Chatel » (1) et celle « après-Chatel » (2) sont autant de raisons de lui consacrer un développement particulier.

1° Jurisprudence « avant-Chatel »

491. Faits et procédure. – Le litige soumis au juge portait sur un prêt accordé à un consommateur qui, n'ayant plus été en mesure de le rembourser, avait été poursuivi en paiement par le professionnel. Un premier jugement rendu par un tribunal d'instance avait prononcé la déchéance du droit aux intérêts du professionnel. A la suite d'un pourvoi, la Cour de cassation avait d'abord, en 2004¹¹⁴⁴, cassé la décision des juges du fond tenant à sanctionner le professionnel en ces termes : « Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ». A cette époque, la réforme n'était pas entrée en vigueur ; les termes de la solution sont classiques et rappellent la jurisprudence attachée à la théorie des nullités¹¹⁴⁵.

L'arrêt du 26 octobre 2004 doit être rapproché de celui rendu le 23 novembre de la même année : la différence entre ces deux arrêts est que dans le premier, l'action n'est pas forclosée, à l'inverse du second. Le premier pouvait donc reprendre la solution de la théorie des nullités, tandis que le second n'avait qu'à opposer la fin de non-recevoir. Le consommateur avait simplement eu moins de « chances » dans le second, dont la solution tirée d'une interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice sera contredite par cette dernière en 2007, tandis que le premier pourra profiter de la réforme de 2009. La solution aurait peut-être été différente si le juge d'instance avait eu la sagesse de poser la question préjudicielle à la Cour de justice.

¹¹⁴³ G. POISSONNIER, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *JCP CCC* mai 2009, n° 5, étude 5, *précité* : « Forcée et contrainte, la Cour de cassation n'a rendu un arrêt validant le relevé d'office en droit de la consommation que le 22 janvier 2009 ».

¹¹⁴⁴ Cass, 1^{re} civ. 26 octobre 2004, n° 02-12.658, Inédit : « Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ». Cette solution sera anéantie par l'entrée en vigueur de la réforme dont la Cour devra faire application ».

¹¹⁴⁵ Cf. : note 272 s.

A la suite d’un appel formé à l’encontre de la décision de la Cour, le Tribunal d’instance de Grenoble accueille la demande du consommateur et condamne le professionnel à la déchéance de son droit aux intérêts ; cette décision sera finalement confirmée par la Cour.

2° Jurisprudence « après-Chatel »

492. La solution de la Cour. – La Cour de cassation finit par rejeter le pourvoi à nouveau formé par le professionnel. Elle décide qu’en laissant le consommateur dans une situation de découvert plus de trois mois sans proposer une offre de crédit adaptée, le professionnel a méconnu les dispositions de l’article L.311-2 du Code de la consommation¹¹⁴⁶. La Cour de cassation admet que ce moyen de droit soit relevé d’office : « Mais attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ». L’intérêt de la solution n’est pas la seule consécration de l’office du juge au regard de la jurisprudence communautaire. En effet, elle vient aussi répondre au pourvoi du professionnel qui avait contesté la décision des juges du fond sur deux points :

- d’abord celui que l’on peut maintenant qualifier de « classique » et qui tenait à dire que le juge n’est pas autorisé à relever d’office une disposition destinée à protéger le consommateur puisque c’est à lui de s’en prévaloir, et ce, même si elle est d’ordre public (et auquel la Cour a répondu) ;

- celui de dire que l’office du juge est d’autant plus limité par un défaut de comparution du consommateur.

En balayant le premier point, la Cour n’a pas pris la peine de répondre au second. Le juge doit statuer même en l’absence d’une des parties en application de l’article 472 du CPC¹¹⁴⁷ ; une interprétation de cette disposition inviterait la Cour à consacrer une obligation

¹¹⁴⁶ Article L.311-2 du Code de la consommation (tel que modifié par la loi du n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010) : « Le présent chapitre s'applique à toute opération de crédit mentionnée au 4° de l'article L. 311-1, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit et, le cas échéant, à son cautionnement. Pour l'application du présent chapitre, la location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit.

Les opérations de prêts sur gage corporel souscrits auprès des caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du code monétaire et financier sont soumises aux dispositions des articles L. 311-4 et L. 311-5. Un décret fixe le contenu des informations que les caisses mentionnées à l'alinéa précédent doivent mettre à la disposition de leur clientèle préalablement à l'octroi de ce prêt, les conditions dans lesquelles ces informations sont portées à la connaissance du public et les mentions obligatoires devant figurer dans les contrats de crédit».

¹¹⁴⁷ Article 472, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, *précité* : « Si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond ».

du relevé d’office du juge¹¹⁴⁸. Si la solution de la Cour ne consacre pas le relevé d’office en ce sens, puisque le juge ne reconnaît qu’une faculté du relevé d’office¹¹⁴⁹, il faut y voir une évolution de la question : la consécration de l’office du juge à travers le nouvel article L.141-4 du Code de la consommation dépasse le défaut de comparution du consommateur.

Cet arrêt est considéré comme étant celui qui a réellement procédé d’un abandon de l’ancienne jurisprudence « Grine »¹¹⁵⁰. L’abandon est d’autant plus flagrant que les arrêts sont proches : les litiges relèvent du crédit à la consommation et les textes applicables sont quasiment identiques. Cet abandon jurisprudentiel confirme celui que l’on peut qualifier de législatif opéré par l’entrée en vigueur de l’article L.141-4.

B. Les effets de la solution « Betton » sur la déchéance du droit aux intérêts

493. « [...] La banque est déchue [...] ». – L’arrêt du 22 janvier 2009 rappelle la question de ses effets en droit du crédit. La Cour décide : « [...] les dispositions de l'article L. 311-2 du même code n'ont pas été respectées, la banque est déchue de son droit aux intérêts ». La Cour prononce la déchéance attachée à la méconnaissance de ses obligations par le prêteur-professionnel. Les articles L.311-1 et L.311-2 sur lesquels elle se fonde peuvent être relevés d’office. Mais sur quel fondement le fait-elle pour la déchéance du droit aux intérêts ? A quel titre cette déchéance est-elle prononcée ?

La conséquence pratique de l’article L.141-4 du Code de la consommation est que le juge peut prononcer la déchéance du droit aux intérêts à l’encontre du professionnel. L’arrêt « Betton » en est un exemple parfait puisqu’il le fait après avoir relevé l’existence d’un découvert pendant plus de trois mois sans présentation d’une offre de crédit conforme aux dispositions du Code de la consommation. En appliquant l’article L.141-4 du Code de la consommation aux sanctions du droit du crédit à la consommation, le Cour « renverse sa position traditionnelle »¹¹⁵¹. Comme une réponse à la question posée par le gouvernement dans l’arrêt « Rampion » et auxquelles la Cour de justice n’avait répondu qu’implicitement par un abandon de la théorie des nullités, le législateur et le juge français admettent que la

¹¹⁴⁸ Cf. : note 477.

¹¹⁴⁹ Cette consécration est d’ailleurs conforme à celle de la Cour de justice qui reconnaît précisément une faculté du relevé d’office du juge dans l’arrêt « Rampion » rendu dans un litige du droit du crédit.

¹¹⁵⁰ G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : la Cour de cassation abandonne enfin la jurisprudence Grine », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, LPA, 8 avril 2009, n° 70, p. 6 : « L’abandon de la jurisprudence Grine est une bonne nouvelle pour l’effectivité du droit de la consommation ».

¹¹⁵¹ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité*.

déchéance du droit aux intérêts soit admise en raison de l'ordre public (1) et qu'elle soit conforme aux prétentions du consommateur (2).

1° Déchéance du droit aux intérêts et ordre public

La déchéance du droit aux intérêts suscitait le doute quant à la question de son relevé d'office pendant toute la période *supra* « Chatel » (a). Avec l'entrée en vigueur de cette réforme, ce doute est dissipé par une appréhension des sanctions civiles comme étant d'ordre public de direction (b).

a) Déchéance du droit aux intérêts, le doute *supra* « Chatel »

494. Avant que la loi de 2008 n'intervienne, la Cour de cassation ne reconnaissait pas au juge un pouvoir de relevé d'office. La Cour de justice l'avait fait dans le domaine du crédit à la consommation¹¹⁵² ; la question des sanctions civiles du droit du crédit à la consommation avait été résolue par un abandon de la théorie des nullités à l'égard des dispositions issues de la transposition de la directive 87/102. Par l'introduction de l'article L.141-4 au sein du code, le législateur clôt définitivement le débat en droit interne. Cet article ouvre la possibilité pour le juge de relever d'office la déchéance du droit aux intérêts : l'article L.311-48¹¹⁵³ qui le règlemente entre dans le champ d'application de la consécration du relevé d'office.

En basculant dans la sphère de l'ordre public de direction, le droit de la consommation emporte avec lui les sanctions civiles et les « peines privées » qui lui sont attachées. Ce basculement emporte avec lui l'article 4 du CPC qui évolue en droit de la consommation, conformément aux souhaits de la doctrine.

b) Les sanctions civiles de l'ordre public de direction

495. Loi « Chatel », ordre public et « peine privée ». – L'appartenance du droit de la consommation à l'ordre public de direction réalisée par l'article L.141-4 du Code anéantit la difficulté tenant au relevé d'office de peines privées, notamment la déchéance du droit aux intérêts, au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Il n'y a plus lieu à

¹¹⁵² CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion et Marie-Jeanne Godard, épouse Rampion contre Franfinance SA*, précité.

¹¹⁵³ L.311-48 du Code de la consommation.

controverse, puisque le droit de la consommation étant d'ordre public, il est considéré comme relevant de l'intérêt général, avant d'être protecteur d'intérêts particuliers¹¹⁵⁴.

496. Cela implique que la déchéance du droit aux intérêts ne sanctionne plus une méconnaissance des règles du droit de la consommation dans le but de protéger un consommateur dit « faible », mais une violation des règles d'ordre public dans le but de sauvegarder l'économie du marché. Elle passe donc des « peines privées » aux sanctions civiles classiques : « La déchéance n'apparaît plus comme une peine privée, mais comme la sanction d'un manquement à une règle d'ordre public, donc comme une sanction civile au même titre que la nullité du contrat [...]. Le droit de la consommation n'est pas une annexe de la partie du Code civil consacrée aux incapacités. Il est une composante du droit des affaires. L'introduction de ce texte donne enfin au droit de la consommation ses lettres de noblesse et on ne peut que s'en féliciter »¹¹⁵⁵ (la nullité de la clause et/ou du contrat font parties de ces « lettres de noblesses »)¹¹⁵⁶.

La jurisprudence, qui va découler de l'application de l'article L.141-4 du Code de la consommation, ne devra plus être étudiée en isolant celles appartenant au droit du crédit à la consommation en raison des sanctions particulières qui lui sont attachées. Les régimes sont unifiés par la collaboration efficace de la jurisprudence communautaire et du législateur français.

2° Déchéance du droit aux intérêts et prétention

La difficulté que pose la déchéance du droit aux intérêts trouve un écho au sein à la fois de la procédure civile (a), et de la jurisprudence (b).

¹¹⁵⁴ C. ALLIEZ, « L'article L.141-4 du Code de la consommation : la réforme de l'office du juge en droit de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 5, *précité*.

¹¹⁵⁵ G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *JCP E* 20 mars 2008, n° 12-13, 1383, p. 17, *précité*.

¹¹⁵⁶ On est bien loin de la déchéance du droit aux intérêts de 1995 telle que le professeur S. PIEDELIEVRE la décrivait en droit immobilier : « [...] sanction exceptionnelle, liée à une condamnation pénale du prêteur », S. PIEDELIEVRE, « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », *JCP N* 9 juin 1995, n° 23, p. 889, *précité*.

a) La sanction de la déchéance au regard de la procédure civile

497. Réforme « MURCEF » et déchéance. – Depuis la réforme « MURCEF », le délai de forclusion n’est plus opposable aux consommateurs contre lesquels une action en paiement est engagée. Ces derniers peuvent opposer au prêteur des moyens de droit tirés du caractère abusif d’une clause ou de l’irrégularité de l’offre préalable de crédit ; le juge est quant à lui autorisé à relever d’office ces moyens¹¹⁵⁷ : peu importe désormais qu’il s’agisse de demandes ou de moyens de défense, l’article L.141-4 ne fait pas de différence¹¹⁵⁸. La question de la conformité du relevé d’office à la procédure civile et plus précisément aux principes dispositifs animait les débats et avait poussé le gouvernement français à en soumettre la difficulté au juge communautaire : lorsqu’un moyen de droit s’accompagne d’une sanction telle que la déchéance du droit aux intérêts, le juge peut-il le relever d’office sans méconnaître le principe dispositif ?

498. Objet du litige et déchéance. – Les articles 4¹¹⁵⁹ et 5¹¹⁶⁰ du CPC interdisent aux juges de sortir de l’objet du litige¹¹⁶¹. Ce sont les parties qui fixent les prétentions, et le juge ne peut pas accéder à des demandes qui n’ont pas été formulées (une règle parfaitement respectée par la jurisprudence « Grine »¹¹⁶²). Si ces dernières n’ont pas entendu obtenir la déchéance du droit aux intérêts, le juge est partagé entre le relevé d’office de l’irrégularité qui lui est ouvert et le prononcé de la sanction qui en découle, l’article L.311-48 le lui permet mais la procédure civile le régit. Rien d’étonnant, donc, à ce que le professionnel ait souligné la méconnaissance par le juge d’instance de Grenoble de l’article 4 du CPC.

¹¹⁵⁷ CA, Douai, 27 mai 2010, n° 08-09670, JurisData n°2010-016221, S.A. *BNP Paribas Personal Finance c/ Mme Rose* : « Il ressort tant de l’article L.141-4 du Code de la consommation que de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes que le juge peut soulever d’office la forclusion de l’action en paiement sans qu’il y ait à distinguer s’il s’agit d’un ordre public de protection ou d’un ordre public de direction ».

¹¹⁵⁸ Auparavant, il y avait une différence entre les moyens de défense ou les moyens de demande reconventionnelle : au regard du second, le juge ne pouvait pas statuer *ultra petita* et ne pouvait pas aller jusqu’à accorder des dommages et intérêts ; cette difficulté n’existe plus. V., H. CROZE, « Pouvoir de relever d’office les moyens tirés du Code de la consommation », *Revue Procédures* mars 2008, n°3, comm. 80, *précité*.

¹¹⁵⁹ Article 4 du Code de procédure civile, *précité* : « L’objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

Ces prétentions sont fixées par l’acte introductif d’instance et par les conclusions en défense. Toutefois l’objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

¹¹⁶⁰ Article 5 du Code de procédure civile, *précité* : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

¹¹⁶¹ Cf. : sur l’immutabilité de l’objet du litige v. note 112.

¹¹⁶² G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285 : « En réalité, [la] jurisprudence hostile au relevé d’office s’appuyait tant sur la théorie des nullités que sur son "attachement au principe dispositif" ».

« Qu'en est-il si la clause prétendue abusive est étrangère au débat ? Par exemple, le juge pourra-t-il déclarer abusive une clause pénale ou une clause de déchéance du terme, alors que le prêteur ne réclame que le paiement des échéances, calculées selon des clauses qui, elles, ne sont pas abusives ? L'admettre reviendrait à transformer le juge en partie »¹¹⁶³. La réforme de 2008 a-t-elle répondu à la question posée cinq ans plus tôt par des auteurs ? Ces derniers avaient ils raison de redouter que le juge deviendrait une partie au procès ? Le magistrat G. POISSONNIER leur répondait qu' « [...] en usant de cette prérogative, le juge n'agit pas comme une partie au procès, mais comme un serviteur de la loi [...] »¹¹⁶⁴. Depuis que le juge peut relever d'office « toutes » les dispositions du Code de la consommation, il entre dans son office de relever et la nullité d'une clause abusive, et la sanction qui découle des irrégularités d'une offre préalable de crédit. La sanction de la déchéance du droit aux intérêts peut donc être relevée d'office par le juge.

499. Le juge doit évidemment respecter les prétentions des parties, qui est aussi la garantie, tout comme le principe du contradictoire, de la neutralité du juge. Si l'office du juge n'est pas limitée par les prétentions des parties, c'est lui qui fait le procès à leur place et qui devient effectivement une partie au litige. Parce qu'il peut relever toutes les dispositions du code, il ne viole pas ce principe lorsqu'il prononce la déchéance suite à une irrégularité. Si la méconnaissance de ces dernières entraîne la sanction de la déchéance, le juge pourra la prononcer sans méconnaître les prétentions des parties puisqu'il n'aura pas soulevé d'office la sanction, mais l'irrégularité ; or, l'une est le pendant de l'autre, et « [...] la pleine efficacité d'une telle sanction suppose une application d'office »¹¹⁶⁵. Le relevé d'office de la déchéance du droit aux intérêts relève du principe d'effectivité du droit communautaire de la consommation : si le juge ne pouvait prononcer cette sanction, le relevé d'office du caractère abusif d'une clause ou l'irrégularité d'une offre préalable de crédit perdrait de sa substance, et la protection des consommateurs, à l'origine de ce relevé d'office, en serait menacée.

Lorsque le consommateur se trouve devant le juge il entend être libéré du paiement des intérêts. Il n'est pas dans l'office du juge de deviner les prétentions informulées des

¹¹⁶³ I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.* 2003, p. 750, *précité*.

¹¹⁶⁴ G. POISSONNIER, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *JCP CCC*, 2009, étude 5, *précité*.

¹¹⁶⁵ B. GORCHS, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

parties mais il peut tout à fait les déduire logiquement si elles ressortent d'éléments suffisants¹¹⁶⁶ et qu'il ne fait qu'appliquer la loi.

b) La sanction de la déchéance au regard de la jurisprudence

500. La prudence des juges. – Alors que le prononcé de la sanction de la déchéance ne présente pas de difficulté aux juges du fond¹¹⁶⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation montre une certaine prudence lorsqu'elle est amenée à le faire : les arrêts « Accea » et « Cetelem » en sont deux illustrations.

501. Arrêt « Accea ». – Dans un arrêt du 22 janvier 2009¹¹⁶⁸, la Cour a montré une réserve pour prononcer une sanction similaire à celle de la déchéance à l'égard des prêteurs, passant justement par la notion d'ordre public de l'article 6 du Code civil¹¹⁶⁹ pour relever d'office le caractère usuraire du prêt, sanction¹¹⁷⁰ qui n'avait pas été demandée par l'emprunteur (consommateur). Cet arrêt s'appuie sur le Code civil pour contourner la contradiction de l'article L.311-33 (ancien) de la sanction avec le principe dispositif : le taux d'usure tel qu'il apparait dans le Code de la consommation n'entre pas dans les dispositions d'ordre public tel que le prévoit l'article L.313-16 (ancien), alors que le juge vise expressément l'article 6 du Code civil : « Attendu que le tribunal énonce exactement que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge et que par application de l'article 6 du code civil nul ne peut donc y déroger ». Si cette combinaison des textes n'est pas fondée en droit, le juge était tenu de relever d'office le moyen tiré du caractère usuraire du taux ; s'il ne l'avait pas fait, il aurait admis l'application d'une clause de stipulation d'intérêts illicite. De plus, la sanction découle

¹¹⁶⁶ Cass, 1^{re} civ 18 décembre 2002, n° 99-21.121, Bull. civ. 2002 I, n° 315, p.247, *précité*.

¹¹⁶⁷ CA, Douai, 8^e chambre, Section 1, 17 juin 2010, n°09/03029, JurisData 2010-016216 : « Le prêteur ne produit pas le second original de l'offre de prêt ou un modèle vierge d'offre préalable contemporain de l'offre litigieuse. Le prêteur n'établit donc pas la régularité de l'offre de prêt. La sanction de la déchéance du droit aux intérêts est applicable, l'article L.311-13 du Code de la consommation étant visé par l'article L.311-33 du Code de la consommation ». Le juge du fond fait un renvoi direct à l'ancien article L.311-33 devenu L.311-48 pour tirer les conséquences de l'irrégularité relevée d'office.

¹¹⁶⁸ Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-14.954, Inédit, *précité*.

¹¹⁶⁹ Article 6 du Code civil, *précité* : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹¹⁷⁰ Il faut mentionner que dans cet arrêt, la sanction n'était pas la déchéance du droit aux intérêts mais l'application de l'article L.313-4 du Code de la consommation : « Lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles L. 313-1 à L. 313-3 sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance.

Si la créance est éteinte en capital et intérêts, les sommes indûment perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour où elles auront été payées ».

directement du taux d'usure. On comprend donc qu'une irrégularité commise au regard du texte qui réglemente le taux d'usure¹¹⁷¹ entraîne nécessairement une imputation sur les intérêts. Ce rattachement par la Cour à la notion d'ordre public témoigne de « l'insécurité intellectuelle »¹¹⁷² dont souffre le juge dans l'exercice de son office au sein d'un litige du droit de la consommation impliquant le prononcé d'une sanction à caractère punitif.

502. Arrêt « Cetelem ». – On trouve cependant une réelle prudence dans un autre arrêt du même jour¹¹⁷³ dans lequel la Cour décide qu'« attendu que la méconnaissance des dispositions de l'article L. 311-17 du code de la consommation est sanctionnée non seulement pénalement comme le prévoit l'article L. 311-35 du même code mais également par la nullité du contrat de crédit en vertu de l'article 6 du Code civil, laquelle entraîne le remboursement par l'emprunteur du capital prêté ». Contrairement à l'arrêt « Accea », la Cour ne pouvait pas viser de textes particuliers pour déchoir le professionnel de son droit aux intérêts : la nullité du contrat est prononcée sur le fondement de l'article 6 du Code civil ; la disposition en cause entrait bien dans le champ d'application de l'ancien article L.313-16 du Code de la consommation (qui n'étant pas visé) et était bien d'ordre public. Il s'agit pour la Cour de faire jouer ces textes pour entraîner la nullité du contrat comme le prévoit le droit commun ; la sanction n'est donc pas la même et pourrait être moins intéressante pour l'emprunteur qui ne se voit pas libéré du paiement des intérêts mais de la totalité du contrat : le professionnel n'est pas déchu de son droit aux intérêts, c'est l'emprunteur qui est « condamné » à rembourser la totalité du prêt¹¹⁷⁴.

503. Une prudence inutile ? – Si la prudence des juges semble inutile depuis la consécration du relevé d'office du juge qui efface la difficulté liée aux « prétentions » des parties, elle peut s'expliquer au regard du risque que présente le « prêt à taux zéro ».

En prenant la question en sens inverse, et parce que c'est généralement le professionnel qui est à l'origine du litige par une action en paiement contre le consommateur, le moyen soulevé par le consommateur ne serait qu'un moyen de défense, rattaché à la sanction de la déchéance. Le juge tranche le litige en fonction de la demande du prêteur qui souhaite le remboursement du prêt avec les intérêts, et non en fonction de la demande de

¹¹⁷¹ Article L.313-3 du Code de la consommation (modifié par Loi « Hamon » n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 51).

¹¹⁷² Expression empruntée : B. GORCHS, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

¹¹⁷³ Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 03-11.775, *Inédit*, *précité*.

¹¹⁷⁴ Extrait de la solution du Tribunal d'instance de Vienne du 15 novembre 2002 : « [...] l'annulation du contrat de crédit a été prononcée et Mme X... a été condamnée à rembourser les sommes empruntées [...] ».

l'emprunteur. En prononçant la déchéance du droit aux intérêts, le juge répond à la demande du prêteur à laquelle il peut ne pas accéder en totalité ; il n'accorde pas plus de droits à l'emprunteur¹¹⁷⁵. D'ailleurs, on parle bien de « déchéance » à l'encontre du prêteur, et non de « déchéance » au profit de l'emprunteur. Il s'agit de sanctionner le prêteur, et non d'indemniser l'emprunteur¹¹⁷⁶.

Lorsque le juge prononce la déchéance, il ne fait qu'appliquer les dispositions du Code de la consommation qui réglementent les manquements du professionnel du crédit à ses obligations. Une mission d'autant plus légitime que depuis la réforme « Chatel », le juge est en mesure de relever d'office ces dispositions. La section XI du code qui renvoie à l'article L.311-48 est bien celle des « Sanctions ». Comme la sanction de la nullité qui entraîne nécessairement la remise en l'état et donc le remboursement du prêt par le professionnel, la sanction de la déchéance découle d'une irrégularité qui doit entraîner la perte du droit vicié par celle-ci.

L'article L.141-4 ouvre la possibilité pour le juge de relever d'office l'application de l'article L.311-48 du Code de la consommation s'il constate que le professionnel a méconnu ses obligations. Cette faculté doit primer sur les considérations tenant au principe dispositif puisqu'il n'est plus question de prétentions des parties mais d'application du droit.

504. Le prêt à taux « zéro ». – La difficulté apparaît lorsque la déchéance est prononcée alors que les intérêts ont déjà été remboursés, en totalité ou en partie, et qu'ils s'imputent sur le capital restant dû. Le juge considère que ce sont les intérêts qui ont été remboursés, et libère le consommateur du paiement de la différence. Il ne peut pas accompagner sa décision par une demande en restitution du trop-perçu non formulée par l'emprunteur. Ce faisant, il ouvre la porte du prêt à taux zéro¹¹⁷⁷. Ce mécanisme est fortement critiqué par la doctrine qui

¹¹⁷⁵ Le professeur Ph. THERY fait une proposition intéressante pour distinguer les moyens de défenses des demandes reconventionnelles : « par définition, une demande présentée sous forme reconventionnelle pourrait aussi être présentée de manière indépendante sous forme de demande principale ». Il ajoute alors qu'« [...] une défense au fond n'est pas normalement réversible ; elle ne peut être présentée sous la forme d'une demande principale : on ne saisit pas un juge pour entendre dire que l'on ne doit rien ou que l'on n'a pas commis de faute ou que cette faute n'a pas causé de dommage ». La déchéance du droit aux intérêts concorde avec cette dernière précision (Ph. THERY, « A propos des moyens de défense : faut-il admettre l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications ? », note sous Ass. Plén. 22 avril 2011, n° 09-16.008, Bull. 2011, Ass. plén., n° 4, *RTD Civ.* 2011, 795, *précité*).

¹¹⁷⁶ X. LAGARDE, « Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, *JCP G* 25 février 2009, vol. II, n° 9, 10037, *précité* : « La justice sociale et la justice civile sont l'une et l'autre légitimes. Pour autant, leur confusion ne s'impose pas ».

¹¹⁷⁷ D. LEGAIS, « Crédit à la consommation. Devoir du juge de soulever d'office un moyen de droit », *RTD Com.* 2009, p. 794 : « [...] la sanction du non-respect des dispositions peut être la déchéance du droit aux intérêts, c'est-à-dire un crédit gratuit ».

considère que la sanction de la déchéance a été pervertie : « [...] l'exception de déchéance, notamment lorsqu'elle est relevée d'office par le juge, a pour seul effet d'empêcher le paiement d'intérêts demeurés impayés »¹¹⁷⁸.

Pour neutraliser cette difficulté, le professeur X. LAGARDE propose de définir le champ d'application du relevé d'office du juge de la sanction de la déchéance. Il souhaite limiter celle-ci aux litiges dans lesquels le professionnel demande le remboursement des intérêts découlant d'un prêt consenti au consommateur. De cette manière, la déchéance ne sortirait pas de l'objet du litige, contrairement à celle prononcée à l'encontre du prêteur pour une irrégularité de forme en l'absence d'impayé (et qui méconnaît l'exigence de sécurité juridique en menaçant tous les contrats de crédit en cours). La déchéance du droit aux intérêts devrait selon lui, résulter d'un grief relatif à ces derniers. Il rappelle l'adage « pas de nullité sans grief » pour dénoncer la jurisprudence qui admet le prononcé de cette sanction à des prêteurs n'ayant pas procédé à l'actualisation d'une disposition légale mentionnée dans l'offre de crédit, alors que ce défaut d'actualisation n'avait pas véritablement ni directement causé de torts au consommateur (et les manquements du prêteur à ses diverses obligations prennent alors l'apparence d'un ordre public de direction)¹¹⁷⁹.

505. Cette proposition entend en réalité écarter le caractère « punitif » des sanctions civiles pouvant être relevées d'office par le juge. La déchéance du droit aux intérêts n'est pas punitive en ce qu'elle rétablit la justice entre les parties. Ces deux types de sanctions devraient être distingués au sein du Code de la consommation : celles punitives devraient être rassemblées comme elles le sont déjà aux articles L.311-49 et suivants du Code de la consommation et celle de la déchéance du droit aux intérêts intégrée à chaque disposition qu'elle régit. Par exemple, l'article L.313-4 du Code de la consommation ne fait pas partie des « sanctions » du Code.

506. Solution. – Il pourrait être inséré un article L.311-6-1 ou L.311-7 nouveau selon lequel : « La déchéance du droit aux intérêts du prêteur est acquise à défaut d'avoir assuré l'information précontractuelle de l'emprunteur ». Cette proposition semble plus réaliste que

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Si l'on s'en réfère à l'arrêt de la Cour du 22 janvier 2009, n° 05-20.176 précité, on comprend l'observation faite par le professeur X. LAGARDE. On remarque, dans cet arrêt, que la déchéance du droit aux intérêts prononcée par le juge venait sanctionner le professionnel qui réclamait le paiement de ces derniers suite au maintien du consommateur en situation de découvert. Celle-ci était imputée au professionnel : ce dernier aurait dû, selon la Cour, proposer une offre de crédit conforme à l'article L.311-1 du Code de la consommation ; il ne pouvait donc pas prétendre au paiement des intérêts qui découlaient de son propre manquement.

celle émise par le professeur O. GOUT ; il avait évoqué les dommages-intérêts punitifs¹¹⁸⁰ à l'image des « *punitive damages* » anglo-saxons, pour assurer la protection du consommateur et l'effectivité du droit de la consommation¹¹⁸¹.

II. La portée de l'arrêt « Betton »

L'arrêt « Betton » suscite la même critique que celle née de l'article L.141-4 du Code de la consommation car la solution rendue est restrictive (A). Elle rappelle une jurisprudence antérieure rendue par l'arrêt « Dauvin » qui doit lui être confrontée (B).

A. Une solution restrictive

A l'image de l'article L.141-4 du Code de la consommation, l'arrêt « Betton » présente une double restriction : celle tenant au champ d'application de la consécration du relevé d'office qu'elle opère (1), et celle tenant à son intensité (2).

1° Par le champ d'application

La Cour de cassation rejette cette fois le pourvoi aux motifs « que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ». Tout en reconnaissant le relevé d'office du juge qui n'est pas encore entré en vigueur, le juge en limite la portée. En réalité il s'agit d'un arrêt d'« anticipation » (a) dont la nostalgie (b) de la jurisprudence antérieure ressort des termes utilisés par le juge.

¹¹⁸⁰ Un retour des sanctions civiles « au droit commun » avait déjà été prescrit en 1995 pour le droit immobilier : S. PIEDELIÈVRE, « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », *JCP N* 9 juin 1995, n° 23, p. 889, *précité*.

¹¹⁸¹ O. GOUT, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA* 30 mai 2008, n° 109, p. 20, *précité* : « Une autre piste mérite peut-être d'être explorée pour que l'effectivité des droits du consommateur soit mieux garantie. On songe aux dommages-intérêts punitifs. À l'heure actuelle, on le sait, notre droit de la responsabilité civile a une orientation essentiellement réparatrice si bien que les dommages et intérêts servent essentiellement à compenser le préjudice subi par la victime. Les dommages et intérêts punitifs se caractérisent quant à eux par la condamnation de l'auteur d'un agissement fautif au versement d'une somme supérieure à celle nécessaire pour réparer le préjudice de la victime. Leur admission permettrait ainsi l'utilisation de la responsabilité civile à titre de peine privée, ce qui conférerait un important rôle de prévention des comportements asociaux de par la sanction qui serait prononcée ».

a) Un arrêt d’« anticipation »

507. « A cheval » entre la théorie des nullités et la loi « Chatel ». – Si le premier intérêt de cette solution est bien de répondre à la question de l’office du juge en en définissant les contours et la portée, il faut préciser que cette réponse est donnée à demi-mot, sans aucune référence à l’article L.141-4 du Code de la consommation. Pour cause, les faits et le litige étaient nés avant l’entrée en vigueur de la réforme, et faisaient encore partis du « panier » de la jurisprudence de la théorie des nullités. Cela explique que le professionnel se soit défendu sur l’argument désormais dépassé et tenant à la théorie des nullités. La loi « Chatel » n’ayant pas mentionné la date de prise d’effet du nouvel article, c’est le droit commun qui s’applique, soit l’article 1^{er} du Code civil¹¹⁸². La consécration du relevé d’office du juge ne vaut que pour les contrats conclus après son entrée en vigueur en droit interne.

Pourtant, le juge applique bien le nouveau principe du relevé d’office dans l’arrêt de 2009 : le fait que la consécration ait déjà été opérée en droit communautaire à plusieurs reprises, que le litige se soit prolongé après l’entrée en vigueur de la consécration du relevé d’office et que le nouvel article L.141-4 de Code de la consommation soit d’application immédiate¹¹⁸³, explique cette solution : « La solution est donc à ranger parmi les décisions d’anticipation rendues par la Cour de cassation, décisions qui consistent à procéder à un revirement de jurisprudence après qu’une réforme législative a brisé la jurisprudence antérieure [...] »¹¹⁸⁴. La Cour de cassation n’est pas devenue soudainement plus consumériste ; elle est simplement obligée de plier aux exigences du droit communautaire.

¹¹⁸² Article 1^{er} du Code civil : « Les lois et, lorsqu’ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu’ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l’entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l’exécution nécessite des mesures d’application est reportée à la date d’entrée en vigueur de ces mesures.

En cas d’urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l’ordonne par une disposition spéciale.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels ».

¹¹⁸³ Note sous CA, Colmar, 31 mars 2008, n° 07-01704, *Cofinoga*; CA, Riom, 26 mars 2008, *FranFinance* (n° 07-02887 CJ) ; CA, Besançon, 2e ch. civ., 19 mars 2008, *Cetelem* (no 07-01797) ; CA, Paris, ch. 8, sect. A, 6 mars 2008, *SA MCS et Associés Tariq* (JurisData n° 2008-360396) ; *JCP CCC* octobre 2008, n° 10, comm. 249, note G. RAYMOND ; G. ZAMBRANO, « La révolution discrète de l’article L. 141-4 : la faculté du juge de soulever d’office les dispositions du Code de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 7, act. II ; CA, Toulouse ch. 3 sect. 1, 3 février 2009, *SA Cofinoga contre Laurent*, *JCP G* 25 mars 2009, IV, 1528 : « L’article 2 du Code civil prévoyant que les lois relatives à la procédure sont d’application immédiate, l’article L. 141-4 du Code de la consommation issu de la loi du 3 janvier 2008 permettant au juge de soulever d’office les dispositions du Code de la consommation dans les litiges nés de son application devait être appliqué au litige et autoriser le juge à soulever d’office le moyen tiré du non-respect de l’article L. 311-9 dudit code ».

¹¹⁸⁴ D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d’office la méconnaissance des dispositions d’ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, *RDC* 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078, *précité*.

Pourtant, si elle anticipe, elle ne le fait qu’à moitié, conservant dans sa solution la notion d’ordre public.

b) Un arrêt nostalgique

508. « [...] d’ordre public [...] ». – La restriction de la Cour quant au champ d’application du relevé d’office se distingue de celle de l’article L.141-4 ; il ne s’agit pas de le limiter aux moyens tirés du Code de la consommation, mais à la nature des dispositions applicables. La Cour rappelle la sous-distinction de la théorie des nullités en y faisant expressément mention. Sans viser le texte explicitement, la Cour rend sa solution en qualifiant les dispositions du Code de la consommation « d’ordre public » alors que le texte, qui n’est pas applicable, n’évoque pas la notion. Reprenant alors quelque peu la jurisprudence antérieure relative à l’ordre public pour définir la nature des dispositions du code, elle décide que le juge a la faculté de les relever d’office : « Par principe ce sont donc, et sans exception, l’ensemble des dispositions du Code de la consommation qui, d’ordre public, peuvent être soulevées par le juge [...] »¹¹⁸⁵.

Chercherait-elle de cette manière à résister encore à la consécration législative de l’office du juge ?

509. Une « transition » restrictive. – La précision faite par la Cour aux « dispositions d’ordre public du code de la consommation » n’est pas la preuve d’une application limitative de l’article L.141-4 du Code de la consommation. Elle est simplement rendue par le juge comme si ce dernier souhaitait passer progressivement de l’ancienne jurisprudence à la réforme « Chatel ». En effet, la solution donne tort au professionnel qui aurait eu gain de cause si la réforme n’avait pas eu lieu, mais la Cour ne vise aucun texte en particulier tout en rappelant l’ancienne distinction dont elle ne fait pas application : « La position adoptée dans la présente décision est toutefois plus restrictive que celle adoptée par le législateur, puisque la Cour de cassation vise seulement les dispositions d’ordre public du Code de la consommation, alors que l’article L.141-4 vise toutes les dispositions de ce code ». *A fortiori*, la Cour restreint la portée de sa solution aux dispositions visées par l’article L.313-16 du code¹¹⁸⁶ ; la réforme de 2008 cherche, au contraire, à l’étendre largement *via* l’emploi de

¹¹⁸⁵ M. DEPINCÉ, « Droit de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, vol. II, n° 131, p. 7, note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176.

¹¹⁸⁶ Article L.313-16 du Code de la consommation (devenu l’article L.313-17 depuis l’entrée en vigueur de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 - art. 22) : « Les dispositions des chapitres Ier et II et des sections 2 à 8 du chapitre III du présent titre sont d’ordre public ».

l'adjectif indéfini : « toutes »¹¹⁸⁷. Si le Code de la consommation procède à l'abandon de la jurisprudence de la théorie des nullités, la Cour de cassation semble nostalgique.

510. C'est une nostalgie que l'on comprend à la lecture du moyen invoqué par le professionnel, lui-même inspiré de l'ancienne solution « Grine » : « [...] la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ». Il ne faut pas s'étonner que le professionnel invoque précisément que « [...] la méconnaissance des exigences des articles L. 311-8 et suivants du code de la consommation en matière de présentation d'une offre de crédit, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger et ne peut être soulevée d'office par le juge [...] ».

La référence à cette solution est inadaptée ; lorsque la Cour avait rendu sa solution le 15 février 2000, le relevé d'office n'était pas encore reconnu en droit interne ; elle avait donc tout intérêt de justifier sa position en évacuant le caractère d'ordre public des dispositions en cause pour rejeter le relevé d'office de ces dispositions. Le 22 janvier 2009, la référence n'est plus utile. Plus qu'une nostalgie, il peut s'agir d'une tentative de résistance désespérée.

2° Par l'intensité

511. L'arbitraire redouté. – Les craintes formulées par le professeur S. PIEDELIÈVRE, qui redoutait qu'une simple faculté accordée au juge n'ait pour conséquence d'aboutir à l'arbitraire du juge, sont confirmées : « La solution adoptée par la présente décision, comme d'ailleurs celle résultant de l'article L. 141-4 du code de la consommation, suscite certaines réticences, car on peut se demander si elles ne risquent pas d'aboutir à un certain arbitraire judiciaire. [...] Le risque d'arbitraire tient en grande partie à l'utilisation aussi bien par la Cour de cassation que par le législateur du verbe "peut". Il en résulte que le juge sera libre de relever d'office ou non les dispositions du code de la consommation. Chaque juge pourra avoir sa propre politique puisqu'il s'agit d'un pouvoir entièrement discrétionnaire, même si l'on peut légitimement penser que majoritairement les magistrats utiliseront cette faculté »¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁷ Une restriction que l'on retrouve de manière identique dans un arrêt rendu le même jour : Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 03-11.775, Inédit : « Attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ; Attendu que la méconnaissance des dispositions de l'article L. 311-17 du code de la consommation est sanctionnée non seulement pénalement comme le prévoit l'article L. 311-35 du même code mais également par la nullité du contrat de crédit en vertu de l'article 6 du code civil, laquelle entraîne le remboursement par l'emprunteur du capital prêté ».

¹¹⁸⁸ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité* : « Chaque juge pourra avoir sa propre politique puisqu'il s'agit d'un pouvoir entièrement discrétionnaire [...] ».

Conformément aux termes choisis pour rédiger le texte, la Cour de cassation utilise le « pouvoir » et non le « devoir » du relevé d’office.

En s’alignant sur la reconnaissance générale d’un pouvoir de relevé d’office au juge, la Cour de cassation renvoi à celle établie par l’arrêt d’Assemblée Plénière de 2007.

B. Confrontation de jurisprudences : l’arrêt « Dauvin »

512. L’intérêt de la solution rendue par la Cour est qu’elle rappelle la solution de la jurisprudence « Dauvin » : « [...] le nouveau texte paraît conforme à l’arrêt rendu le 21 décembre 2007 [...] »¹¹⁸⁹. Alors que le professeur G. PAISANT qu’il apportait qu’il apportait « un signe d’évolution sur les pouvoirs du juge »¹¹⁹⁰, cette évolution a encore été dépassée avec l’arrêt de 2009. En effet, la doctrine considère que l’entrée en vigueur de la disposition met en échec cette jurisprudence¹¹⁹¹ car elle ne fait pas de distinction entre l’opération de qualification des actes et faits litigieux et celle du fondement juridique.

513. Un bref rappel de l’arrêt « Dauvin »¹¹⁹². – Pour rappeler brièvement les faits, il s’agissait d’un consommateur qui, à la suite de difficultés qu’il avait rencontrées dans un contrat relatif à l’achat d’un véhicule d’occasion, avait reproché à la Cour d’appel de n’avoir pas recherché « si son action n’était pas plutôt fondée sur le manquement du vendeur à son obligation de délivrance d’un véhicule d’occasion en excellent état général plutôt que sur la garantie des vices cachés de l’article 1641 du code civil ».

Dans cet arrêt le juge considère que l’article 12 du Code de Procédure Civile et notamment son second alinéa (selon lequel « Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ») doit être interprété en ce qu’il n’oblige pas le juge à soulever un moyen de droit en faveur de la défense de l’une des parties. La Cour précise à l’inverse que les juges du fond sont tenus de requalifier les faits et les actes au cas où ils seraient inappropriés. Cet arrêt était considéré comme le premier à avoir apporté une réponse claire au relevé d’office du juge : une simple faculté de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes

¹¹⁸⁹ B. GORCHS, «Le relevé d’office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée», *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

¹¹⁹⁰ G. PAISANT, « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *JCP G*, 13 février 2008, vol. II, n° 7, 10031, *précité*.

¹¹⁹¹ Sur cette jurisprudence, cf. note 170.

¹¹⁹² Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, *Bull. Ass. plén.* 2007, n° 10, *Dauvin c/ Sté Carteret automobiles*, *précité*.

des parties. La doctrine perçoit donc l'arrêt de 2009 comme la suite logique de celui de 2007 car s'il n'était pas fait obligation au juge à l'époque, il « peut » aujourd'hui relever d'office un moyen de droit. En ce sens l'article L.141-4 est « [...] conforme à l'arrêt rendu le 21 décembre 2007 par l'Assemblée plénière qui consacre le caractère non obligatoire pour le juge de relever d'office des moyens de droit [...] »¹¹⁹³.

514. Analyse comparative. – L'arrêt d'Assemblée avait explicitement été rendu sur le fondement de l'article 12 du Code de procédure civile pour répondre à la question du relevé d'office du juge (ainsi qu'aux dispositions du Code civil relatives à l'obligation de délivrance conforme et aux vices cachés), alors que l'arrêt du 22 janvier 2009 ne vise aucun texte en particulier.

On s'aperçoit à la lecture de ces arrêts que le relevé d'office acquis en droit de la consommation se heurte aux principes de la procédure civile. La proximité évoquée entre les articles 12 et L.141-4 rejaillit au sein de la jurisprudence. Si la faculté du relevé d'office est posée par le législateur et le juge à travers l'arrêt du 22 janvier 2009 à l'égard des moyens tirés de la méconnaissance des dispositions (d'ordre public) du Code de la consommation, le principe est assorti d'exceptions.

§ 2. Les limites de la jurisprudence française du « peut »

La Cour de cassation affiche désormais sa position en faveur d'une faculté du relevé d'office du juge des dispositions du Code de la consommation. Pourtant, cette jurisprudence, intervenue difficilement dans le paysage interne, est contrariée par une jurisprudence et une réglementation parallèle n'allant pas en ce sens. Ces dernières constituent les limites au principe de la faculté du relevé d'office du juge ; elles sont issues à la fois de la nature des dispositions visées (I) et des principes directeurs (II).

I. Limites issues de la nature des dispositions

L'obligation du relevé d'office attachée au délai de forclusion pose la première limite. Elle est intéressante en ce qu'elle ne va pas à l'encontre du relevé d'office du juge : le juge ne dispose pas seulement de la faculté de relever d'office un moyen tiré du dépassement du délai de forclusion ; il y est obligé.

¹¹⁹³ B. GORCHS, «Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée», *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

515. La réforme consumériste « Lagarde ». – L’ancienne disposition réglementant le délai de forclusion était rédigée de telle sorte que la Cour de cassation pouvait opposer le dépassement de ce délai aux juges du fond, les empêchant de relever d’office un moyen tiré du Code de la consommation en faveur du consommateur¹¹⁹⁴. A la suite de l’intervention de la loi « MURCEF »¹¹⁹⁵, le dépassement du délai n’était plus opposable aux consommateurs (« emprunteurs »). La loi présentait encore quelques failles ce qui explique que le législateur y revienne¹¹⁹⁶, en 2010¹¹⁹⁷. Il ne pouvait pas, suite à l’évolution de la jurisprudence communautaire et à l’entrée en vigueur de la loi « Chatel », laisser la réglementation du délai de forclusion en retrait. L’ancien article L.311-37 du Code ne convenait plus à l’évolution du droit de la consommation et aux exigences communautaires de la protection du consommateur.

Le législateur assure la protection des consommateurs par la consécration du relevé d’office. Sans jouer sur le même terrain, la loi de 2010¹¹⁹⁸ est une réelle avancée ; elle modifie l’article L.311-37 devenu L.311-52.

Le premier alinéa de cet article comprend désormais la définition de « l’événement » : « Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion. Cet événement est caractérisé par :

- le non-paiement des sommes dues à la suite de la résiliation du contrat ou de son terme ;

¹¹⁹⁴ Cf. note 283.

¹¹⁹⁵ L’intervention du juge communautaire à travers l’arrêt « Cofidis » en 2002 n’avait pas empêché de manière définitive la Cour de cassation d’opposer aux juges du fond le délai de forclusion à l’exercice du relevé d’office, qui avait encore rendu un arrêt en ce sens en 2004 (cf. note 421 s.)

¹¹⁹⁶ Le législateur y était déjà revenu le 17 juin 2008 avec la loi n° 2008-561 « portant réforme de la prescription en matière civile » dont l’article 26 a introduit une cause d’interruption du délai de forclusion au premier alinéa de l’article 2241 au Code civil : « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion » ; son second alinéa prévoit qu’ « Il en est de même lorsqu’elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l’acte de saisine de la juridiction est annulé par l’effet d’un vice de procédure » ; ce second alinéa est critiqué en ce qu’il permet de suspendre la prescription même si l’assignation est nulle par l’effet d’un vice de procédure (pour une application extensive de cette disposition : Cass, 1^{re} civ. 25 novembre 2010, n° 09-69.124, Inédit, *F-D, Association Alliage c/ Kara ; Revue Procédures*, février 2011, n° 2, comm. 50, obs. R. PERROT).

¹¹⁹⁷ Loi du 1^{er} juillet 2010 n° 2010-737 de transposition de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986, *précité*.

¹¹⁹⁸ Loi du 1^{er} juillet 2010 n° 2010-737 de transposition de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986, *précité*.

- ou le premier incident de paiement non régularisé ;
- ou le dépassement non régularisé du montant total du crédit consenti dans le cadre d'un contrat de crédit renouvelable ».

516. Portée de la réforme. – Depuis cette réforme, la Cour ne peut plus moduler le point de départ du délai à sa guise, et surtout, elle ne peut plus le fixer au moment de la formation du contrat de crédit¹¹⁹⁹. La Cour devra se servir d'autres moyens pour le faire, comme par exemple moduler le premier incident de paiement, tout en respectant les caractéristiques de l'évènement ayant donné naissance à l'action en paiement du professionnel¹²⁰⁰. Voilà qui devrait ravir les juges du fond¹²⁰¹.

Par le biais du délai de forclusion une obligation du relevé d'office prend forme, parallèlement au principe de la faculté consacré par le législateur. Le délai de forclusion diffère des autres moyens issus du Code de la consommation et présente une particularité : il est un impératif au relevé d'office à la lecture des textes (A) et par le jeu de la notion d'ordre public (B).

A. Le délai de forclusion, un impératif issu des textes

Le délai de forclusion se présente comme une disposition impérative justifiant qu'il soit porté exception au principe de la faculté du relevé d'office. Cette exception est clairement prévue par le Code de procédure civile à l'article 125 du CPC (1) et L.311-52 du Code de la consommation (2)

1° L'article 125 du Code de procédure civile d'exception

517. Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office. – On sait que le Code de procédure civile connaissait déjà des cas de relevés d'office obligatoires du juge. Ces derniers ont nécessairement un impact en droit de la consommation. Le moyen tiré du dépassement du délai s'impose au juge de manière impérative : le premier alinéa de l'article 125 commande au

¹¹⁹⁹ Une réforme conforme à la jurisprudence de la Cour réunie en Assemblée plénière qui n'approuvait pas la fixation du point de départ du délai de forclusion de la première chambre civile dans son application de l'ancien article L.311-37 du Code de la consommation : Ass. Plén., 6 juin 2003, n° 01-12.453, Bull. 2003 Ass. Plén., n° 6, p. 15, *Bauer, précité* ; D. 2003, p. 1905, note X. LAGARDE.

¹²⁰⁰ Cass, 1^{re} civ. 16 octobre 2013, 11-11.637, Inédit.

¹²⁰¹ Bien avant la réforme, les juges du fond considéraient que le point de départ du délai de forclusion était la date du premier impayé : Cf. note 283.

juge de procéder au relevé d’office des fins de non-recevoir qui ont un caractère d’ordre public, et notamment celles qui « [...] résultent de l’inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours [...] »¹²⁰², soit, du délai de forclusion.

Cette disposition issue du Code de procédure civile s’élève en véritable exception à la faculté du relevé d’office reconnue au juge par la Cour en 2009.

2° L’article L.311-52 du Code de la consommation d’exception

518. Les actions en paiement doivent être formées dans les deux ans. – L’article L.311-52 du Code de la consommation régleme le délai de forclusion. En effet, si on remarque qu’un goût de procédure s’échappe du nouvel article L.141-4 de ce Code, son article L.311-52 n’en a pas seulement la couleur : il appartient même à la section XII consacrée aux « procédures » du crédit à la consommation ; il est surtout directement visé par l’article 125 du CPC. Or, celui-ci distingue les moyens de procédure devant être relevés d’office de ceux le pouvant seulement. A l’inverse des moyens de droit issus du Code de la consommation soit ceux du « fond », ce moyen de « procédure » doit être relevé d’office. En renvoyant directement à l’article L.311-52 du Code de la consommation, l’article 125 du CPC révèle ici un intérêt particulier en droit de la consommation et notamment quant à la question du relevé d’office du juge qui s’y pose.

Si l’article L.311-52 renvoie aux dispositions du Code de procédure, il appartient bien au Code de la consommation dont il est issu. L’article 125 du CPC impose clairement au juge le relevé d’office à l’égard de certains moyens juridiques.

B. Le délai de forclusion, un impératif issu de la notion d’ordre public

Le délai de forclusion est un impératif du Code de la consommation au moyen d’un attachement à la notion « d’ordre public » et auquel procède l’article L.313-17 du Code de la consommation (1). Cet attachement particulier a pour effet de composer un régime dualiste (2) au sein du droit/Code de la consommation.

¹²⁰² Cf. note 41.

1° Un attachement « d’ordre public » ou l’article L.313-17 du Code de la consommation

519. Combinaison gagnante. – L’attachement de l’article du Code de procédure civile et du Code de la consommation s’opère grâce l’article L.313-17¹²⁰³ du Code de la consommation qui prévoit que : « Les dispositions des chapitres Ier et II et des sections 2 à 8 du chapitre III du présent titre sont d'ordre public ». Le champ d’application du texte couvre les deux chapitres relatifs au crédit à la consommation et au crédit immobilier, ainsi que toutes les dispositions communes à ces derniers sauf celles qui réglementent le taux d’intérêt. (Soit articles L.311-1 à L.312-36). Le caractère d’ordre public de la réglementation relative au délai de forclusion, prévu par l’article L.311-52 du code¹²⁰⁴, implique que les parties ne peuvent y déroger¹²⁰⁵ ou y renoncer¹²⁰⁶. Le délai de forclusion tel que prévu par le Code de la consommation, même s’il ne fait pas lui-même mention de la notion d’ordre public, en a le caractère par le jeu de l’article L. 313-17. Or, l’article 125 prévoit une obligation du relevé d’office au juge pour les fins de non-recevoir ayant spécifiquement le caractère d’ordre public. De cette association des textes résulte une obligation pour le juge de relever d’office les moyens tirés du dépassement du délai pour agir¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Ancien article L.313-16 du Code de la consommation.

¹²⁰⁴ Article L.311-52 du Code de la consommation (qui a remplacé l’ancien article L.311-37 à partir du 1^{er} mai 2011), *précité* (cf. note 515) : « Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion [...] ».

¹²⁰⁵ Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 06-15.370, Bull. civ. 2009 I, n° 10 ; *JCP G* 25 février 2009, vol. II, n° 9, p. 10036, obs. N. MONACHON DUCHÊNE, *précité* : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne peut être fait échec aux règles d'ordre public relatives à la détermination du délai biennal de forclusion propre au crédit à la consommation par l'inscription en compte courant soit de l'échéance d'un prêt, soit, en cas d'octroi d'un découvert, d'une somme dépassant le montant de celui-ci [...] ». La Cour décide ici que le professionnel ne peut pas modifier le point de départ du délai de forclusion car il est d’ordre public (ancien article L.313-16 du Code de la consommation) ; Cass, 1^{re} civ. 5 février 2009, n° 06-16.349, Inédit : « Qu'en statuant ainsi alors que l'emprunteur peut toujours rembourser par anticipation et sans indemnité le crédit consenti et qu'il avait constaté que les dispositions contractuelles prévoyaient un préavis de trois mois de sorte que l'offre de crédit comportait une clause illicite, le tribunal a violé par refus d'application les textes susvisés ». La Cour estime ici que la clause qui contredit l’article L311-29 est « illicite » car contraire à l’ordre public dont la disposition du code est assortie.

¹²⁰⁶ S. PIÉDELIÈVRE, «Crédit immobilier : Les limites de la faculté de renonciation aux dispositions protectrices du Code de la consommation», note sous Cass, 1^{re} civ. 9 déc. 1997, *Mme Savoie c/ Banque Sovac immobilier* et Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998, *Epx Orioux c/ SARL Trabeco Ile-de-France* *JCP G* 16 septembre 1998, II, n° 38, p. 10148.

¹²⁰⁷ Cass, 1^{re} civ. 9 juin 1993, n° 91-16.084, Bull. civ. 1993 I, n° 211, p. 147, *JCP* 1993, IV, n° 2023 : « Vu l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, [...] ainsi que l'article 125 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu, selon le premier de ces textes, auquel le second confère un caractère d'ordre public, que les actions relatives à des litiges nés de l'application de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 doivent être formées dans les 2 ans de l'événement qui leur a donné naissance, à peine de forclusion ; que le troisième prescrit au juge de

Cette limite à la faculté du relevé d'office consacrée par la jurisprudence interne nous est révélée par les textes qui prévoient une obligation du relevé d'office concernant le délai de forclusion qui est d'ordre public. La jurisprudence n'est donc pas véritablement en accord avec ces textes, puisqu'elle vise expressément les dispositions « d'ordre public » à l'égard desquelles elle ne reconnaît qu'une faculté.

Quelques doutes ont été formulés à propos du nouvel article L.141-4 du Code de la consommation. Le relevé d'office du dépassement du délai de forclusion est bien un moyen tiré de la procédure civile car il est rattaché à l'article 125 du CPC et ne pose donc pas de difficultés particulières. Tel n'est pas le cas des sanctions du droit de la consommation et du droit du crédit en particulier. La déchéance du droit aux intérêts relève pourtant de l'ordre public par le biais de l'article L.313-17, tout comme la forclusion. Les notions sont donc toutes deux d'ordre public.

2° Un régime dualiste

520. Entre faculté consumériste et obligation processuelle. – L'association des exigences des textes et de la consécration du relevé d'office du juge par la Cour emporte la constatation suivante : le relevé d'office est partagé entre l'obligation de la forclusion et la faculté des dispositions du Code de la consommation. La première limite à la faculté du relevé d'office du juge découle de l'obligation que lui imposent les textes : « Si le juge est tenu de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion, il ne lui est pas fait obligation de s'emparer des moyens tirés du fond du droit [...] »¹²⁰⁸. La spécificité de l'obligation du relevé d'office du délai de forclusion issue du Code de procédure civile ne permettait pas de s'y rapporter pour envisager une obligation du relevé d'office du juge des dispositions du Code de la consommation de manière générale, même si elle était souhaitée. On peut même presque

relever d'office les fins de non-recevoir lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public » ; Cass, 1^{re} civ. 26 février 2002, n° 99-19.722, Bull. civ. 2002 I, n° 72, p. 54 : « Vu l'article L. 311-37 du Code de la consommation, ensemble les articles L. 313-16 du même Code et 125 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que le délai de forclusion édicté par le premier des textes susvisés, qui est d'ordre public en application du second, s'applique à tous les litiges concernant les opérations de crédit à la consommation et leur cautionnement ; [...] qu'en application du dernier des textes susvisés, le juge doit relever d'office les fins de non-recevoir qui ont un caractère d'ordre public » ; Cass, 1^{re} civ. 28 mars 2008, n° 06-19.519, Inédit ; TI, Nogent-sur-Marne, 7 décembre 2010, n° 11-10512, *Suzanne P. c/ sté Finaref* ; LPA 28 mars 2011, n° 61, p. 6, note G. POISSONNIER : « Selon les dispositions d'ordre public de l'article L. 311-37 du Code de la consommation, les actions en paiement relatives à une opération de crédit à la consommation doivent, à peine de forclusion, être formées dans les deux ans de la défaillance de l'emprunteur. En application de l'article 125 du Code de procédure civile, le juge a l'obligation de relever d'office cette fin de non-recevoir ».

¹²⁰⁸ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

parler d'une scission entre le « doit » des moyens de procédure et le « peut » des moyens de droit (une scission déjà existante au sein même des articles 120 et 125 du CPC).

A l'inverse, le Code de procédure civile met en lumière la solution rendue par la Cour de cassation en 2009 par lequel cette dernière fait le choix délibéré de ne consacrer qu'une faculté au juge dans l'exercice du relevé d'office. Elle procède d'une dichotomie particulière entre le moyen tiré de l'application de l'article L.311-52 et les autres dispositions du Code de la consommation. Si on comprend que le relevé d'office est obligatoire pour le juge en raison de l'application des textes, il est surtout logique en raison du danger que présenterait l'accumulation d'une dette non réglée par le débiteur sur plusieurs années : « Le délai d'action n'a d'autre objet que de contraindre le prêteur à rappeler rapidement le débiteur à ses obligations »¹²⁰⁹. En effet, le juge s'investit d'un devoir de relever d'office le moyen tiré du dépassement du délai pour rejeter les prétentions du professionnel. On se rapproche ici de la jurisprudence relative à la théorie des nullités, qui accordait une importance à la notion d'ordre public ; on retrouve dans les dispositions visées par l'article L.313-16 l'ordre public de direction qui impose le relevé d'office du juge.

521. Mise en perspective. – La jurisprudence du « doit » relative au délai de forclusion n'est pas nouvelle ; celle, nouvelle, du « peut » en rend l'analyse intéressante. La principale différence entre « les dispositions d'ordre public du Code de la consommation »¹²¹⁰ et le délai de forclusion est l'appartenance de ce dernier aux fins de non-recevoir dont le Code de procédure civile régleme le sort. L'obligation du relevé d'office attaché au délai de forclusion n'entre donc pas en conflit avec la simple faculté reconnue aux moyens tirés du Code de la consommation. Il s'agit pour le juge de deux choses différentes relevant de deux corps de règles différents : le Code de la consommation et le Code de procédure civile.

Il est pourtant curieux de constater que l'ordre public oblige le juge à relever d'office le moyen tiré du délai de forclusion (« Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public [...] »¹²¹¹), alors que la Cour de cassation, en 2009 avait appuyé la faculté du juge dans le relevé d'office des dispositions du Code de la consommation sur leur caractère d'ordre public. C'est une solution que l'on retrouve auprès

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, *précité* : « Mais attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ».

¹²¹¹ Extrait de l'article 125 du Code de procédure civile, *précité*.

de la cour d’appel en 2011 pour les clauses abusives, par une référence explicite, cette fois, à l’article L.141-4 du code¹²¹².

La limite issue de la nature des dispositions est relative : elle ne remet pas en cause la faculté du relevé d’office du juge mais simplement le principe de la faculté reconnu en droit interne. Cette limite démontre dans le même temps qu’au sein du droit de la consommation peuvent et doivent cohabiter divers offices du juge qui dépendent d’autres éléments que le seul article L.141-4. « Reste à espérer que la Cour de cassation ne reprendra pas d'une main ce qu'elle vient de donner de l'autre, en érigeant des barrières procédurales »¹²¹³. Les craintes du professeur D. FENOUILLET sont confirmées : on observe diverses limites au relevé d’office tirées des principes directeurs.

II. Limites issues des principes directeurs

Sans en faire à nouveau l’analyse¹²¹⁴, le relevé d’office nouvellement consacré est soumis aux principes directeurs anciennement établis (et notamment au principe dispositif et au principe du contradictoire). Ces principes directeurs seront évidemment applicables lorsque le juge est obligé ou invité à relever d’office un moyen de droit. Si le rappel de ce respect n’est pas effectué par la Cour au sein de la solution de sa solution de 2009, elle n’invite pas pour autant le juge à s’en dispenser.

Pour le professeur S. PIEDELIÈVRE, la consécration par la Cour d’une simple faculté du relevé d’office remet en cause la neutralité du juge ; dans le même temps, il rappelle que le droit de la procédure civile est une garantie : « [...] la loyauté du procès ne sera pas remise en cause puisque le juge ne pourra fonder sa décision que sur des faits qui sont dans le débat et qu’il sera tenu de faire respecter le principe du contradictoire. Il lui est en outre interdit d’introduire dans le litige de nouvelles prétentions »¹²¹⁵. Deux limites essentielles au relevé d’office du juge : le principe du contradictoire (A) et le principe dispositif (B).

¹²¹² CA, Toulouse, 5 juillet 2011, JurisData n°2011-021139.

¹²¹³ D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d’office la méconnaissance des dispositions d’ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, *Revue des contrats* 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078, *précité*.

¹²¹⁴ Une analyse déjà faite auparavant. Cf. note 78 s.

¹²¹⁵ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité*.

A. Le principe du contradictoire

Le contradictoire, dont le principe découle de l'article 16 du Code de procédure civile (1) est principalement respecté, en droit de la consommation, suivant la procédure orale (2).

1° Le principe de l'article 16 du CPC

522. « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». – L'article 16, alinéa 3 est sans appel : le juge doit respecter le principe du contradictoire lorsqu'il relève d'office un moyen de droit, qu'il soit un moyen du fond du droit ou un moyen tiré d'une règle de procédure : le dépassement du délai de forclusion mettant fin au droit d'action. Le premier alinéa de l'article 16 quant à lui est tout aussi clair : le juge doit toujours respecter et faire respecter le principe du contradictoire¹²¹⁶. Déjà imposé au juge, la réforme « Chatel » ne mettra pas le principe en échec. Le troisième alinéa qui n'avait vocation qu'à jouer à l'égard des moyens de procédure ne sera que plus utile¹²¹⁷.

¹²¹⁶ Cf. : note 79.

¹²¹⁷ Cass, 1^{re} civ. 12 mai 2010, n° 09-14.569, Bull. civ. 2010, II, n° 94 « Vu l'article 16 du code de procédure civile ; Attendu que le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; [...] Qu'en relevant d'office ce moyen, sans le soumettre à la discussion des parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; Cass, 2^e civ. 16 juin 2011, n° 10-11.486, Inédit : « Qu'en statuant ainsi d'office sur la recevabilité de l'appel sans inviter au préalable les parties, qui n'avaient pas invoqué ce moyen, à en débattre contradictoirement, et alors qu'il ressortait de ses propres constatations que le montant du litige soumis au tribunal des affaires de sécurité sociale était supérieur à la valeur de 4 000 euros, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; Cass, 2^e civ. 8 décembre 2011, n° 10-26.608, Inédit : « Mais attendu qu'en procédant d'office au redressement du compte vérifié, le premier président n'a fait que vérifier les conditions d'application du tarif conformément à l'article 711 du code de procédure civile, de sorte qu'il n'était pas tenu d'inviter les parties à présenter leurs observations sur les points qu'il modifiait » ; Cass, 1^{re} civ. 15 décembre 2011, n° 10-30.880, Inédit : « Vu l'article 16 du code de procédure civile ; Qu'en se prononçant ainsi d'office sur la valeur et la portée juridiques de cette notice, sans inviter au préalable les parties à s'en expliquer, alors qu'il ressort des énonciations du jugement qu'en réponse au vendeur qui invoquait la clause d'exclusion de la garantie, l'acquéreur se bornait à contester avoir fait de l'appareil une utilisation impropre, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé » ; Cass, 2^e civ. 27 juin 2013, n° 12-20.529, Bull. civ. 2013 II : « Attendu que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; Qu'en statuant ainsi, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen qu'elle avait relevé d'office, la cour d'appel a méconnu le principe de la contradiction et violé le texte susvisé » ; Cass, 2^e civ. 6 juin 2013, n°s 12-16.048 et 12-26.186, Bull. civ. 2013 II : « Attendu que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations » ; Cass, 2^e civ. 5 juin 2014, n° 13-19.920, Bull. civ. 2014 II : « Mais attendu qu'ayant relevé, après avoir déclaré l'intimé irrecevable à soulever cette fin de non-recevoir faute de l'avoir soumise au conseiller de la mise en état, que les parties s'étaient expliquées contradictoirement sur la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de l'appel, c'est sans violer le principe de la contradiction que la cour d'appel, qui n'avait

Même si le droit français reconnaît désormais le relevé d’office au juge, le principe du contradictoire demeure, à l’égard des moyens du fond du droit (a), comme de ceux de procédure (b).

a) Le contradictoire quant aux moyens de droit

Le juge doit permettre aux parties de s’expliquer sur les moyens qu’il relève d’office par le biais du contradictoire¹²¹⁸. Sinon, il encourt la censure.

523. Le contradictoire contre l’arbitraire du juge. – Si des réserves avaient pu être formulées quant à la préservation du procès équitable *via* le principe de la contradiction face au relevé d’office du juge, qualifiée (la préservation) de « faux-semblant »¹²¹⁹, la doctrine considère désormais de manière relativement unanime que le principe du contradictoire est une limite nécessaire à la consécration du relevé d’office du juge : elle permet justement le respect du procès équitable et surtout d’éviter l’arbitraire des juges¹²²⁰. Le principe du contradictoire serait la garantie contre cet arbitraire, dont la crainte avait été exprimée lors de l’entrée en vigueur du nouvel article L.141-4 du Code¹²²¹. Même s’il soulève un moyen d’office, le juge permet toujours aux parties de s’expliquer.

Evoquant l’article L.141-4 du Code de la consommation, le professeur PAISANT considère que « la portée de cette disposition [...] ne saurait, en tout hypothèse, être considérée comme renvoyant à leur arbitraire. Il est bien clair, en effet, que ce nouveau pouvoir ne peut trouver à s’exercer que dans le respect du principe de la contradiction »¹²²².

pas à inviter les parties à présenter leurs observations sur la fin de non-recevoir qu’elle relevait d’office, a statué comme elle l’a fait ».

¹²¹⁸ Cass, 1^{re} civ. 4 mai 2012, n° 11-14.307, Inédit : « Qu’en statuant ainsi, la cour d’appel, qui a relevé d’office, sans inviter préalablement les parties à présenter leurs observations, le moyen tiré de ce que le préjudice allégué consistait en une perte de chance, a violé le texte susvisé » ; Cass, 1^{re} civ. 30 mai 2012, n° 11-12.242, Inédit : « Qu’en statuant ainsi alors qu’il résulte du jugement et des pièces de la procédure que les parties n’avaient pas été avisées du moyen, relevé d’office, tiré de l’existence d’une clause abusive, ni invitées à présenter leurs observations, la juridiction de proximité a violé le texte susvisé ».

¹²¹⁹ R. MARTIN, « L’article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme contre l’article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.* 1996, vol. III, chron. 20, *précité*.

¹²²⁰ G. POISSONNIER, « Mode d’emploi du relevé d’office en droit de la consommation », *JCP CCC*, 2009, étude 5, *précité* : « [...] la loyauté du procès ne sera pas remise en cause puisque le juge [...] qu’il sera tenu de faire respecter le principe du contradictoire ».

¹²²¹ Cf. note 511.

¹²²² G. PAISANT, « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *JCP G* 13 février 2008, II, n° 7, 10031, *précité*.

b) Le contradictoire quant au moyen de procédure

Le principe du contradictoire, qui doit être respecté à l'égard des moyens relevés d'office en vertu de l'article 125 du CPC¹²²³, s'applique donc indifféremment à l'égard de l'article L.311-52 du Code de la consommation qui est un moyen de procédure essentiel en droit de la consommation. Si les moyens de droit sont soumis au principe du contradictoire, « il en va ainsi de la forclusion, qui, malgré son caractère d'ordre public, ne peut être retenue qu'après que le juge a sollicité préalablement les observations des parties »¹²²⁴. Lorsque le juge entend relever d'office le dépassement du délai pour rejeter les prétentions de l'une des parties il devra d'abord soumettre ce moyen à la discussion des parties¹²²⁵ sous peine d'être sanctionné¹²²⁶.

524. Le contradictoire, garantie du consentement du consommateur. – Le contradictoire est un principe d'autant plus essentiel lors de l'exercice par le juge de son pouvoir de relevé d'office : c'est lui qui permet au « juge de s'assurer que la partie protégée ne s'oppose pas, en toute connaissance de cause, à l'exercice de son office »¹²²⁷. Le respect du principe du contradictoire à l'égard d'un moyen relevé d'office permet surtout à l'ensemble des parties de prendre connaissance du moyen.

2° La procédure orale

525. La procédure des litiges du droit de la consommation est souvent orale¹²²⁸. Elle permet de pouvoir soumettre le moyen que le juge entend relever d'office directement aux parties présentes devant lui. En pratique c'est le moyen le plus simple pour le juge car il

¹²²³ Cf. note 91.

¹²²⁴ Cass, 1^{re} civ. 30 octobre 1995, n° 93-04.226, Bull. civ. I, n° 385.

¹²²⁵ Cass, 1^{re} civ. 30 mai 2012, n° 11-14.728, Bull. civ. 2012, I, n° 117 : « Sur le moyen relevé d'office après avis donné aux parties : Vu l'article L. 311-37 du code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 11 décembre 2001 ; Attendu que le délai biennal de forclusion n'est pas applicable aux actions en responsabilité engagées par l'emprunteur pour non-respect par le prêteur de son devoir de mise en garde ».

¹²²⁶ Cass, 1^{re} civ. 5 mars 2009, n° 08-10.137, Inédit : « Qu'en relevant ainsi d'office le moyen tiré de la forclusion opposable à l'emprunteur en application de l'article L. 311-37 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, sans inviter au préalable les parties à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; Cass, 1^{re} civ. 20 mars 2013, n° 12-17.082, Inédit : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne ressort pas des moyens sur lesquels il a fondé sa décision que la fin de non-recevoir tirée de la forclusion aurait été débattue, le tribunal, qui a soulevé ce moyen d'office sans avoir au préalable recueilli les observations des parties, a violé le texte susvisé ».

¹²²⁷ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹²²⁸ L'oralité de la procédure entraîne une présomption de contradictoire : cf. note 83.

n'impose pas de formalisme trop contraignant : « Il peut simplement indiquer aux parties le moyen qu'il a en tête et demander au greffier de le mentionner sur les notes d'audience. Il doit ensuite inviter les parties à présenter leurs observations [...] »¹²²⁹.

Hormis la possibilité de passer par la note en délibéré¹²³⁰, le juge peut tout à fait décider de renvoyer l'affaire à une autre audience ; la procédure est simplement plus longue : « lorsqu'il décide de soulever d'office une règle, le juge aura le choix entre deux attitudes : ordonner un renvoi ou inviter les parties à débattre immédiatement sur celle-ci puisque l'on se trouve dans une procédure orale. Dans ce dernier cas, le principe du contradictoire sera alors respecté formellement, mais peut-être pas toujours réellement, même si l'on peut penser que le moyen soulevé sera favorable au consommateur et que le professionnel sera représenté à l'audience par une personne ayant les compétences pour en discuter. Le juge pourrait même, en cours de délibéré, soulever d'office une disposition du code de la consommation, à condition de rouvrir les débats et d'inviter les parties à discuter de ce point »¹²³¹.

526. Le principe du contradictoire est strictement prévu par les textes et conditionne le respect par le juge du procès équitable. Si le juge souhaite relever d'office un moyen il n'a plus qu'à le soumettre aux parties. A l'inverse, les principes posent une limite beaucoup plus considérable au relevé d'office du juge.

B. Le principe dispositif

527. En droit interne, le principe dispositif implique que les parties aient la maîtrise du procès. Qu'en est-il au regard du procès consommériste ? Le principe dispositif est une limite posée par la procédure civile dont la jurisprudence va se servir (1) pour relativiser l'obligation du relevé d'office du juge. Cette instrumentalisation justifiée du principe par la jurisprudence pose toutefois la question de la légitimité de son dépassement (2).

1° Une limite jurisprudentielle

Le principe de l'appartenance des faits aux parties (a) est revisité en droit de la consommation par la jurisprudence (b).

¹²²⁹ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹²³⁰ Article 442 du Code de procédure civile, *précité* : « Le président et les juges peuvent inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur ».

¹²³¹ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908.

a) Le principe de l’appartenance des faits aux parties

528. Les faits aux parties, le relevé d’office au juge. – Ce principe, déjà évoqué de manière générale¹²³², prévu dans le Code de procédure civile¹²³³ et que rappelait la Cour à l’occasion de l’opération de requalification des faits et actes litigieux par le juge¹²³⁴, est applicable aux litiges du droit de la consommation. Cependant, le juge relève d’office les moyens de droit au visa du nouvel article L.141-4 du Code de la consommation : il est parallèlement contraint de le faire à l’égard des fins de non-recevoir. Pourtant, que ce soit dans le cadre de la faculté qui lui est accordée par le Code de la consommation, ou de l’obligation que lui impose le Code de procédure civile, il ne le fera pas en contradiction avec la procédure civile. Même l’article 12 du Code de procédure civile, qui avait pu être interprété dans le sens d’une obligation du relevé d’office¹²³⁵, n’échappe pas aux principes directeurs : « L’article 12 du code de procédure civile n’occulte pas les articles 6 et 9 qui font obligation aux parties d’invoquer et de prouver les faits nécessaires au succès de leurs prétentions »¹²³⁶. A l’inverse, les principes directeurs ne doivent pas empêcher le relevé d’office d’être exercé, comme l’avait souligné le professeur X. LAGARDE avant la consécration du relevé d’office du juge : « l’application d’office d’une disposition appartenant à l’ordre public de protection est parfaitement réalisable dans le respect du cadre [...] tracé » par le principe dispositif¹²³⁷.

Ce faisant, le juge doit respecter les principes directeurs du procès lorsqu’il procède à l’exercice du relevé d’office : pour que le juge relève d’office un moyen de droit tiré du Code de la consommation, il doit nécessairement disposer des éléments de fait nécessaires. Ce sont les parties qui en ont la charge, en vertu des articles 6¹²³⁸ et 9¹²³⁹ du Code de procédure

¹²³² Cf. note 107 ; cf. : Cass, 1^{re} civ. 28 mars 2006, n° 04-13.967, Bull. civ. 2006 I, n° 182, p. 158, *précité* : « Vu les articles 7 et 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux à condition toutefois de disposer des éléments de fait propres à fonder la qualification retenue ».

¹²³³ Article 6 et suivants du Code de procédure civile.

¹²³⁴ Cf. : Cass, 1^{re} civ. 28 mars 2006, n° 04-13.967, Bull. civ. 2006 I, n° 182, p. 158, *précité* : « Vu les articles 7 et 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux à condition toutefois de disposer des éléments de fait propres à fonder la qualification retenue ».

¹²³⁵ Cf. : note 478.

¹²³⁶ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹²³⁷ X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G* 11 avril 2001, n° 15-16, p. 746.

¹²³⁸ Article 6 du Code de procédure civile, *précité* : « A l’appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d’alléguer les faits propres à les fonder ».

¹²³⁹ Article 9 du Code de procédure civile *précité* : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

CHAPITRE 2 – Le relevé d’office consacré par le législateur communautaire

civile¹²⁴⁰. La réforme de 2008, qui a consacré l’office du juge dans le contentieux du droit de la consommation par l’introduction du relevé d’office, n’est pas en contradiction avec le principe dispositif. Le juge ne peut pas, par cette réforme, s’émanciper du principe selon lequel le fait appartient aux parties.

529. Principe dispositif et délai de forclusion. – Lorsque la loi « MURCEF » a réformé de manière fondamentale la réglementation du délai de forclusion, il était permis de penser que la jurisprudence dite de la « vieille école » devait être définitivement abandonnée. Avec les interventions combinées de la loi MURCEF et de l’arrêt « Rampion », le juge peut relever d’office un moyen tiré de l’irrégularité d’une offre de crédit sans se voir opposer le dépassement du délai biennal ; il doit à la fois opposer au professionnel le dépassement de ce même délai pour rejeter une demande de paiement faite hors délais. Cet abandon est relatif : le juge ne relève pas d’office ce délai de forclusion si le consommateur n’a pas apporté les éléments de fait et de droit lui permettant de le faire.

Quelques mois après l’entrée en vigueur de l’article L.141-4 du Code de la consommation, cette limite est rappelée par la jurisprudence à l’égard du délai de forclusion : ce délai ne devra être relevé d’office que si le juge dispose des éléments de fait lui permettant de le faire : « [...] lorsqu’il résulte des éléments de fait et de droit produits devant lui que la forclusion est encourue, le juge a l’obligation d’intervenir dans le débat [...]. Si le juge s’abstient de le faire, un recours pourra être formé pour ce seul motif et la censure sera encourue »¹²⁴¹. L’obligation du relevé d’office du juge est donc conditionnée : il est tenu de regarder si les documents fournis par les parties lui permettent de déterminer la date du premier incident de paiement et comparer celle-ci à la date d’assignation. S’il constate que le délai de deux ans dans lequel l’action doit être intentée est dépassé, il doit en relever d’office le moyen. S’il ne dispose pas de ce document, l’obligation tombe.

b) La jurisprudence

Quelques premières illustrations de l’application du principe dispositif par la jurisprudence au relevé d’office du juge seront suivies de près par de multiples confirmations. Elles forment ensemble la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui révèle un attachement aux principes directeurs même s’ils viennent limiter la faculté nouvelle du juge de relever d’office des moyens de droit.

¹²⁴⁰ Cf. : note 113.

¹²⁴¹ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L’office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

530. Arrêt « Crédit agricole ». – Le 19 septembre 2007¹²⁴², la Cour casse la décision des juges du fond qui ont relevé le moyen tiré du dépassement du délai de forclusion pour rejeter la demande en paiement du prêteur : « Attendu que pour rejeter la demande en paiement relative au crédit permanent, le tribunal relève qu'au regard des éléments fournis il est impossible de vérifier si la forclusion est acquise conformément à l'article 125 du nouveau code de procédure civile ».

531. La Cour de cassation décide : « [...] qu'il n'appartient pas au juge de pallier la carence des parties dans l'administration de la preuve [...] » ; « Vu l'article 125 du nouveau code de procédure civile, ensemble l'article L. 311-37, alinéa 2, du code de la consommation ; Qu'en statuant ainsi alors que le juge ne peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion de l'action du prêteur sans l'avoir préalablement constatée, le tribunal a violé les textes sus-visés ». En d'autres termes, « le juge ne peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion de l'action du prêteur sans l'avoir préalablement constatée [...] »¹²⁴³.

Un an plus tard, alors que l'article L.141-4 est entré en vigueur, la Cour rappelle sa position.

532. Arrêt « Finaref I ». – Les faits sont classiques : ils opposent un emprunteur à un professionnel du crédit qui lui en demande le remboursement du solde. Les juges du fond ayant accueilli cette demande, l'emprunteur se pourvoit en cassation au motif que ces derniers n'avaient pas soulevé la fin de non-recevoir de la demande en vertu du dépassement du délai de forclusion tel que prévu par l'ancien article L.311-37 du Code de la consommation.

Le 18 septembre 2008¹²⁴⁴, la première chambre civile de la Cour rejette le pourvoi formé, au motif que : « [...] si les juges du fond sont tenus de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du code de la consommation lorsque celle-ci résulte des faits soumis à leur examen, c'est à la partie intéressée qu'il

¹²⁴² Cass, 1^{re} civ. 19 septembre 2007, n° 06-10.629, Bull. civ. I, n° 289.

¹²⁴³ AVENA-ROBARDET, «Crédit à la consommation : fin de non-recevoir tirée de la forclusion », note sous Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-15.473, Bull. civ. 2008, I, n° 207, *Dalloz Actualité*, 8 octobre 2008, p. 2499.

¹²⁴⁴ Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-15.473, Bull. civ. 2008, I, n° 207, *précité* ; *Dalloz Actualité* 8 octobre 2008, p. 2499, obs. V. AVENA-ROBARDET, *précité* ; *RTD Com.* 2009, p. 189, obs. D. LEGAIS ; *JCP CCC* décembre 2008, n° 12, comm. 280, note G. RAYMOND ; le même jour, dans le même sens : Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-14.931 et 07-16.275, *Inédit* ; Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-13.474, *Inédit* : « Attendu que si les juges du fond sont tenus de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du code de la consommation lorsque celle-ci résulte des faits soumis à leur examen, c'est à la partie intéressée qu'il incombe d'invoquer et de prouver ces faits ; que la cour d'appel, devant laquelle les époux X... ne s'étaient pas prévalus de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du code de la consommation, ni n'avaient invoqué aucun fait propre à caractériser celle-ci, n'avait pas à procéder à la recherche que le moyen lui reproche d'avoir omise ».

incombe d'invoquer et de prouver ces faits ». Il semble que l'emprunteur n'avait pas invoqué les faits pour caractériser la forclusion comme le lui impose l'article 6 du CPC ne permettant pas au juge de trancher le litige au regard du dépassement du délai. Or, lorsque la solution précise que les faits n'ont pas été invoqués, elle ouvre la voie de l'article 7, alinéa 2 du CPC¹²⁴⁵ ; le juge d'instance aurait pu, en vertu de ce texte, prendre tout de même en considération les faits non-invoqués, mais présents dans le débat. C. ALLIEZ avait jugé, à la lecture de cet arrêt qu'il remettait en cause le pouvoir du juge quant aux faits adventices¹²⁴⁶.

L'arrêt précise que l'emprunteur ne s'était pas prévalu de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du Code de la consommation ; il n'avait pas seulement « omis » d'invoquer les faits nécessaires pour démontrer un dépassement du délai biennal, il ne les avait pas qualifiés dans le sens de la forclusion : « Mme X... ne s'était pas prévalu de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du code de la consommation, ni n'avait invoqué aucun fait propre à caractériser celle-ci [...] ». Or, si le consommateur ne s'était pas « prévalu » de la forclusion, on sait que le juge aurait pu, en vertu de l'article 12, alinéa 2 du CPC donner « leur exacte qualification aux faits » litigieux ; les faits litigieux n'avaient pas été « invoqués ».

533. L'absence d'éléments de fait paralyse la mission de requalification du juge : alors qu'il peut seulement, prendre en considération des faits adventices, il doit les qualifier. Or, si les parties n'ont pas allégué de faits, le juge ne peut pas les qualifier ; cette solution réduit sensiblement l'office du juge.

534. Arrêt « Finaref II ». – Deux mois plus tard, c'est encore à l'occasion d'une demande par le prêteur du recouvrement du solde d'un prêt accordé à un consommateur que la Cour décide dans les mêmes termes que « [...] si les juges du fond sont tenus de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du code de la consommation lorsque celle-ci résulte des faits soumis à leur examen, c'est à la partie intéressée qu'il incombe d'invoquer et de prouver ces faits »¹²⁴⁷. Le pourvoi formé par l'emprunteur contre la décision des juges du fond pour n'avoir pas apporté « les précisions factuelles » prétendument « omises » afin que soit invoquée la forclusion, est rejeté par la Cour. La formulation devient classique, et n'en est pas moins critiquée par la doctrine.

¹²⁴⁵ Article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile, *précité* : « Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ».

¹²⁴⁶ C. ALLIEZ, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation*, [Th. doct. sous la dir. J.-L. RESPAUD : Droit privé et sciences criminelles : Montpellier I : 2008], p. 314 : « Cet arrêt est contestable en droit, au regard de l'article 7 alinéa 2 CPC, qui accorde au juge la possibilité de fonder sa décision sur des faits adventices ».

¹²⁴⁷ Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2008, n° 07-19.282, Bull. civ. 2008, I, n° 261.

535. La solution de la Cour est jugée « inopportune » et « excessive » : « [...] pour qu'un fait soit « dans le débat », il suffit qu'il soit contenu dans le dossier, même s'il n'a pas été spécialement invoqué au soutien d'une prétention. Partant, il semble excessif d'imposer au consommateur d' "invoquer" les faits d'où résulte le jeu des dispositions du Code de la consommation. Cela ne signifie naturellement pas que le juge devra s'engager dans une politique de vérification systématique de respect du droit de la consommation par le professionnel »¹²⁴⁸.

536. Pour le magistrat N. MONACHON DUCHÊNE cette décision n'est que le rebondissement de la théorie des nullités dégagée par la jurisprudence « Grine » en 2000¹²⁴⁹. Si à cette époque le juge ne pouvait pas relever d'office un moyen dont seule la partie qu'elle protège pouvait se prévaloir, le juge ne peut pas, aujourd'hui, relever des éléments de fait qui profiteraient à la défense du consommateur. Pourtant, la défense du consommateur doit être la même, que l'on se place au moment de l'allégation des éléments de fait ou de leur qualification juridique. Par l'abandon de la théorie des nullités et par la consécration du relevé d'office du juge au sein du droit de la consommation, le législateur a bien voulu protéger les consommateurs ; il serait cohérent que cette protection s'exerce aussi au regard des principes dispositifs. Le relevé d'office n'est consacré qu'au sein du Code de la consommation ; la volonté du législateur de construire une procédure sur mesure au droit de la consommation se heurte aux principes de la procédure civile. Ce constat pousse à croire que cette construction sur mesure n'est pas possible à moins d'être directement intégrée au Code de la procédure civile comme cela avait été suggéré¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, *RDC* 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078, *précité*.

¹²⁴⁹ N. MONACHON DUCHÊNE, « Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge », note sous Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2008, n° 07-19.282, *Bull. civ.* 2008, I, n° 261, et Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 06-15.370, *Bull. civ.* 2009 I, n° 10, *JCP G* 25 février 2009, vol. II, n° 9, p. 10036, *précité* : « Fidèle à sa jurisprudence qui veut que seule la partie protégée par la loi puisse réclamer le bénéfice de cette protection, la Cour de cassation vient encore de priver le juge d'un pouvoir que la loi lui avait conféré impérativement [...]. Il faut dépasser la question de la protection du consommateur, pour envisager l'ordre public attaché à la consommation, en ce qu'il est qualifié de protection, pour l'opposer à celui qualifié de direction, qui est le seul que la loi définit ».

¹²⁵⁰ Cf. note 457.

Lorsque la Cour de cassation rend le célèbre arrêt « Betton » en 2009, certains auteurs pensaient que le principe « *da mihi factum* »¹²⁵¹ ne posait plus de limite au relevé d'office puisque l'arrêt n'évoquait pas ce principe. Ceux-là seront déçus par une première confirmation de la jurisprudence.

537. Arrêt « Cofidis ». – Le jour même de l'arrêt « Betton », la première chambre civile rappelle le principe dispositif. La demande du prêteur en remboursement du crédit avait été accueillie par le juge d'instance d'Amiens. Le consommateur, par un pourvoi en cassation, lui reprochait de ne pas avoir opposé au prêteur le dépassement du délai de forclusion pour rejeter sa demande. La Cour de cassation approuve la solution du juge d'instance et décide que le tribunal n'avait « [...] pas à procéder aux recherches invoquées par les deux moyens »¹²⁵². La Cour est formelle, l'allégation des faits incombe aux parties et non pas au juge.

538. Or, dans cet arrêt, il y avait deux consommateurs : le délai de forclusion avait été reconnu pour l'un, le libérant du paiement demandé, et non pour l'autre qui avait formé le pourvoi. Le juge d'instance aurait donc peut-être pu faire jouer l'article 8 du CPC et inviter le consommateur insatisfait à fournir les explications de fait (l'article ne lui en fait pas obligation).

Les espoirs seront largement et définitivement déçus lorsque seulement quatre mois plus tard, l'arrêt « Médiatis » confirme l'arrêt « Cofidis » en opposant à nouveau directement l'obligation du relevé d'office à la condition de l'allégation des faits suivant la formule auparavant adoptée.

539. Arrêt « Médiatis ». – Dans un arrêt du 14 mai 2009¹²⁵³ la première chambre civile de la Cour rappelle au consommateur (emprunteur) que le principe « *da mihi factum* » ne permet pas au juge de relever d'office le dépassement du délai de forclusion si les faits n'ont

¹²⁵¹ G. RAYMOND, « Application du nouvel article L.141-4 du Code de la consommation », note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, JCP CCC mars 2009, n° 3, comm. 88 : « Est-ce une évolution de la jurisprudence de la première chambre civile ? Si oui, le principe énoncé dans le nouvel article L.141-4 du Code de la consommation prendrait toute son importance et répondrait à l'esprit et à la volonté du législateur : le juge peut soulever d'office tous les manquements aux règles d'ordre public du Code de la consommation, sous la seule réserve du respect du contradictoire » ; N. MONACHON DUCHÊNE, « Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge », note sous Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2008, n° 07-19.282, Bull. civ. 2008, I, n° 261, et Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 06-15.370, Bull. civ. 2009 I, n° 10, JCP G 25 février 2009, vol. II, n° 9, p. 10036, *précité* : « La solution du 13 novembre 2008 ne passera peut être pas l'hiver ».

¹²⁵² Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 07-18.895, Inédit.

¹²⁵³ Cass, 1^{re} civ. 14 mai 2009, n° 08-12.836, Bull. civ. 2009 I, n° 94.

pas été allégués en ce sens : « Mais attendu que si les juges du fond sont tenus de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du code de la consommation c'est à la condition que celle-ci résulte des faits litigieux, dont l'allégation, comme la preuve, incombe aux parties ; que le tribunal, devant lequel M. X... ne s'était pas prévalu d'une telle forclusion, ni n'avait invoqué aucun fait propre à la caractériser, n'avait pas à procéder à une recherche que les faits dont il était saisi n'appelaient pas ».

Conformément à une jurisprudence désormais constante¹²⁵⁴, la Cour décide que le prêteur peut demander le remboursement du prêt malgré un dépassement du délai de forclusion dont les faits n'ont pas été apportés devant le juge par le consommateur.

2° Un dépassement légitime de la limite

Le dépassement de la limite posée par le principe dispositif au relevé d'office du juge est légitime en droit de la consommation. La multitude de motifs (a) qui plaide en sa faveur conduit à imaginer des solutions (b) face à une jurisprudence largement critiquée.

a) Des motifs de dépassement

540. Même si le principe présente à l'évidence l'avantage d'éviter au juge de perdre son temps sur des litiges sans fondement¹²⁵⁵, ou encore de se voir chargé de la mission supplémentaire de procéder à une recherche des faits¹²⁵⁶, le principe présente aussi l'inconvénient d'empêcher le juge de relever d'office un moyen sur le seul motif que les éléments n'ont pas été invoqués. Or, il en va de la protection du consommateur. Dès lors, toute la légitimité du dépassement de la limite que pose le principe dispositif est fondée sur la présomption de faiblesse de ce dernier. Elle est à elle seule la cause de l'inégalité des armes au sein des litiges du droit de la consommation. Un rétablissement de cette égalité opéré par la consécration du relevé d'office est remis en cause par le principe dispositif. Dès lors, la doctrine exprime le souhait de voir le principe dispositif dépassé au nom du droit de la consommation.

¹²⁵⁴ Confirmation : CA, Rouen, 27 mai 2010, JurisData n° 2010-012914.

¹²⁵⁵ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité* : « Cette condition d'invocation des éléments de fait est nécessaire pour écarter les moyens purement incantatoires invoqués, de façon dilatoire, par des consommateurs n'apportant au juge aucun élément propre à étayer leur argumentaire ».

¹²⁵⁶ *Ibid.*

541. Un dépassement souhaité. – Le dépassement du principe dispositif est souhaité au sein du droit de la consommation. Il a déjà été amorcé par la consécration du relevé d’office au sein du code, saluée par la doctrine : « L’efficacité de l’ordre public de protection institué par le Code de la consommation suppose en fait le dépassement du principe dispositif. Le juge peut ainsi se départir de sa passivité, rompant avec le principe traditionnel selon lequel le procès est la chose des parties »¹²⁵⁷.

542. S’il n’est pas possible d’atténuer le principe du contradictoire qui protège les intérêts des consommateurs, il est envisageable d’adapter le principe dispositif aux spécificités du droit de la consommation, qui est une source de difficulté pour la protection des consommateurs.

En consacrant le relevé d’office du juge au sein du Code de la consommation, le législateur a pris un risque : celui de sa contradiction avec le Code de procédure civile. Ce dernier ne doit pourtant pas venir mettre en échec les exigences d’effectivité de la protection des consommateurs par le jeu de l’adage « *da mihi factum* », car elle « [...] conduit à relativiser l’efficacité du nouvel article L. 141-4 du code de la consommation »¹²⁵⁸. Une telle mise en échec par le biais de la procédure civile pourrait même être sanctionnée par la Cour de justice qui n’admet pas que le droit interne rende difficile voire impossible la protection des consommateurs.

S’il est souhaité, le dépassement du principe dispositif est surtout nécessaire en droit de la consommation.

543. Un dépassement nécessaire. – Par la jurisprudence évoquée, s’élève une inégalité entre les moyens tirés de l’irrégularité de l’offre de prêt et ceux tirés du délai de forclusion : si les premiers peuvent être relevés d’office par le juge dès lors que l’offre de prêt a été produite aux débats par le professionnel puisqu’elle est l’objet de sa demande, les seconds devront être allégués par les parties, soit des consommateurs, souvent ignorants. L’inégalité procédurale entre les parties et qui a justifié la consécration du relevé d’office n’est pas seulement présente au sein des moyens de droit, mais aussi dans l’allégation des faits. La faiblesse des consommateurs ne s’exprime pas seulement quant au droit mais aussi quant aux faits ; difficile d’imaginer un consommateur qui produit des éléments devant le juge sans savoir

¹²⁵⁷ G. ZAMBRANO, « La révolution discrète de l’article L. 141-4 : la faculté du juge de soulever d’office les dispositions du Code de la consommation », *LPA*, 2 juillet 2009, n° 131, p. 7, act. II, *précité*.

¹²⁵⁸ V. AVENA-ROBARDET, « Crédit à la consommation : fin de non-recevoir tirée de la forclusion », note sous Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-15.473, *Dalloz Actualité* 8 octobre 2008, p. 2499, *précité*.

pourquoi, et qui, par chance, le conduisent à obtenir gain de cause. La procédure civile et le principe dispositif plus précisément ne doivent pas être « [...] un prétexte pour entamer encore l'effectivité du droit de la consommation »¹²⁵⁹.

En consacrant le relevé d'office, le législateur a entendu accorder au droit de la consommation une procédure dérogatoire du droit commun dans le but d'assurer l'effet utile de la protection des consommateurs. Il devrait aller jusqu'au bout de sa démarche et l'extraire des principes dispositifs. Ces derniers posent une réelle contrainte lorsqu'ils empêchent le juge de relever d'office un moyen qui pourtant s'impose à lui. Or, « le déséquilibre de la relation contractuelle qui justifie la protection de la partie faible, se prolonge judiciairement et implique symétriquement, la protection du consommateur par des règles de procédure dérogatoires du droit commun »¹²⁶⁰. Cette affirmation exprimée à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article L.141-4 du Code de la consommation pourrait soutenir une évolution de l'office du juge au regard du principe dispositif.

b) Des solutions pour un dépassement

544. Une « atténuation » du principe dispositif est toujours possible *via* les mesures d'instruction dont on sait qu'elles permettent au juge de prendre la main sur le procès¹²⁶¹ ; mais en passant par ces mesures pour contourner la difficulté des principes dispositifs, la controverse se déplace sur le terrain de l'intensité de la faculté accordée au juge pour en user : les articles 8, 10 et 13 du CPC engagent le juge par des « peut » et un « pouvoir ». Le professeur D. FENOUILLET proposait que : « [...] dès lors qu'un fait "dans le débat" donne à penser qu'une règle a été méconnue au détriment du consommateur, le juge devrait pouvoir le vérifier en demandant aux parties des explications, de fait et de droit »¹²⁶² ; on imagine mal qu'une obligation impose au juge de demander ces explications aux parties.

¹²⁵⁹ D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », note sous Cass. Civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Betton, Revue des contrats* 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078.

¹²⁶⁰ Note sous CA, Colmar, 31 mars 2008, n° 07-01704, *Cofinoga* ; CA, Riom, 26 mars 2008, *FranFinance* (n° 07-02887 CJ) ; CA, Besançon, 2^e ch. civ., 19 mars 2008, *Cetelem* (no 07-01797) ; CA, Paris, ch. 8, sect. A, 6 mars 2008, *SA MCS et Associés Tariq* (JurisData n° 2008-360396) ; G. ZAMBRANO, « La révolution discrète de l'article L. 141-4 : la faculté du juge de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 7, act. II, *précité*.

¹²⁶¹ Cf. note 119.

¹²⁶² D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », note sous Cass. Civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Betton, Revue des contrats* 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078, *précité*.

Pourtant, cette obligation est envisagée concernant le relevé d’office du juge des moyens de droit. Elle pourrait donc être envisagée pour les éléments de fait sans que l’idée ne paraisse improbable d’autant plus au regard du délai de forclusion qui relève de l’ordre public et qui implique du juge « [...] des devoirs plus grands »¹²⁶³. « Il ne paraît pas extraordinaire que le juge vérifie, au besoin d’office, que le prêteur a introduit son action dans le délai préfix que lui ouvre la loi »¹²⁶⁴. Un tel relevé d’office du juge de l’allégation des faits bouleverserait fondamentalement le principe dispositif de la procédure civile en droit de la consommation.

La question se pose donc de savoir de quelle manière, protection du consommateur et principe dispositif peuvent « cohabiter » ensemble sans empiéter l’un sur l’autre : le juge devra-t-il faire usage du relevé d’office que prévoit l’article L.141-4 des dispositions du Code de la consommation à l’aide de faits non invoqués par les parties ?

545. La recherche d’office des faits « dans le débat ». – Cette question renvoie directement à l’article 7 du CPC¹²⁶⁵ et rappelle la distinction opérée entre les éléments de fait et de droit invoqués ou simplement produits pour définir l’intensité du respect du principe du contradictoire¹²⁶⁶. Le critère de la « nouveauté » du fait, et notamment s’il était dans le débat ou non, permettait de répondre à cette question.

Pour les litiges du droit de la consommation opposant un consommateur à un professionnel, le relevé d’office du juge pourrait s’appuyer sur le critère du fait présent « dans le débat » : simplement produit ou invoqué, le fait devrait toujours être relevé d’office par le juge ; la Cour se trompe lorsqu’elle décide que lorsque le consommateur n’a « invoqué aucun fait propre à caractériser » le dépassement du délai de forclusion le juge n’a pas « à procéder à une recherche » de ce dépassement pour fonder sa décision. Si ce n’est pas la protection du consommateur qui peut justifier cette erreur, c’est l’article 7, alinéa 2 du CPC qui le fait lorsqu’il prévoit que « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n’auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ». Que le fait n’ait pas été « invoqué » ne devrait pas être un critère de refus du relevé d’office. La Cour aurait dû modérer sa formulation afin d’entrer dans l’exception de

¹²⁶³ N. MONACHON DUCHÊNE, «Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge», note sous Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2008, n° 07-19.282, Bull. civ. 2008, I, n° 261, et Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 06-15.370, Bull. civ. 2009 I, n° 10, *JCP G* 25 février 2009, vol. II, n° 9, p. 10036, *précité*.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ Dont C. ALLIEZ avait souligné la remise en cause de son second alinéa lors de son commentaire de l’arrêt « Finaref I » : Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-15.473, Bull. civ. 2008, I, n° 207, *Finaref I*, *précité* ; Cf. note 532.

¹²⁶⁶ Cf. note 94 s.

l’exception de l’article 7, alinéa 2 : « Mais attendu que si les juges du fond sont tenus de relever d’office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l’article L. 311-37 du code de la consommation c’est à la condition que celle-ci résulte des [*éléments du débat*] ; que le tribunal, devant lequel M. X... ne s’était pas prévalu d’une telle forclusion, ni n’avait [*produit*] aucun fait propre à la caractériser, n’avait pas à procéder à une recherche que les faits dont il était saisi n’appelaient pas ».

On reconnaît une obligation de relever d’office le moyen du délai de forclusion ; une obligation de procéder à une recherche de faits devrait elle aussi être obligatoire.

Lorsque la Cour précise que le tribunal « n’avait pas à procéder à la recherche », elle réfute une obligation à la charge du juge ; le juge a la faculté de procéder à cette recherche lorsque les faits ont été invoqués. Cette distinction pourrait être maintenue de la sorte ; dans les litiges du droit de la consommation opposant un consommateur à un professionnel :

- le juge est toujours obligé de prendre en compte les faits, qu’ils soient simplement produits ou spécialement allégués dès lors qu’ils sont dans le débat.

Si les faits ne sont ni produits, ni invoqués :

- le juge est obligé de procéder à une recherche des faits qui appellent l’application d’un moyen de droit d’ordre public (le délai de forclusion) ;
- le juge est autorisé à procéder à une recherche des faits qui appellent l’application d’un moyen de droit n’étant pas d’ordre public (même si une distinction ordre public de protection/ordre public de direction devrait à nouveau être effectuée).

546. L’exigence de protection des consommateurs invite à aller plus loin que l’article 7, alinéa 2 du CPC qui autorise seulement le juge à prendre en considération des faits que les parties n’auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions : on impose au juge de les prendre en considération lorsqu’il s’agit de la mise en jeu du délai de forclusion. Cette solution conviendrait à la fois à la doctrine consumériste et à celle « processualiste ».

Ne reste plus au juge qu’à définir les faits qui sont dans le débat et ceux qui ne le sont pas. C’est une distinction qui justifie que le juge soit obligé de prendre en compte le dépassement du délai de forclusion qui ne résulte pas de faits ayant été invoqués ou produits : si l’irrégularité d’une offre de prêt ou le caractère abusif d’une clause contractuelle découle du contrat objet du litige par la demande du professionnel et se trouve dans le débat par la

production de cette pièce aux débats, le dépassement du délai est lui aussi entré dans le débat par l’action même du professionnel. A partir du moment où l’action du professionnel a été engagée à l’encontre du consommateur, le délai de forclusion qui réglemente la mise en œuvre de cette action entre dans le débat. Il s’ensuit que l’obligation du juge de prendre ce fait en considération et/ou de procéder à sa recherche ne jouerait qu’à l’occasion d’une action intentée par le professionnel à l’encontre du consommateur ; lorsque le consommateur intente une action contre le professionnel en raison de la présence d’une clause abusive dans le contrat (une action dont on connaît la rareté) le délai de forclusion n’entre pas dans le débat, il n’a pas à être appliqué.

CONCLUSION DE CHAPITRE

547. Consacré par la jurisprudence, le relevé d'office est introduit en droit interne ; le législateur communautaire pousse le législateur français à réformer le Code de la consommation. Par sa transposition de la directive 2005/29/CE, la loi « Chatel » pallie aux défauts de la loi de 1995 transposant la directive 93/13/CEE, qui semblait se faiblir au fur et à mesure de son application, notamment du fait de la confrontation des jurisprudences communautaires et nationales. La loi de 1995, toutefois bienvenue, comporte des défauts, et malgré l'action du juge, dont l'intervention est à chaque fois nécessaire, les clauses abusives insérées au contrat semblent ne jamais devoir se tarir, et la controverse du relevé d'office ne jamais devoir être résolue.

548. La loi « Chatel », en consacrant le relevé d'office du juge, ouvre une nouvelle exception au principe de l'immutabilité du litige : l'objet du litige est immuable sauf demandes incidentes et relevé d'office du juge ; à moins que ces moyens ne soient considérés comme des demandes incidentes. Cette question renvoie à l'apport considérable de la loi « MURCEF » de 2001 : la loi « Chatel », seule, n'aurait pas permis d'échapper à la jurisprudence de la « vieille école » de la Cour de cassation. En 2001, le législateur a réellement permis au consommateur de se soustraire au délai de forclusion qui l'empêchait de se prévaloir de l'irrégularité d'un acte ou de la présence d'une clause abusive au sein d'un crédit (et qui avait motivé l'intervention du juge communautaire en 2002). Si le législateur permet le relevé d'office des dispositions du code, sans l'intervention préalable de la loi « MURCEF », la déchéance du droit aux intérêts aurait toujours eu le caractère de demande reconventionnelle soumise au délai de forclusion et dont le point de départ serait la formation du contrat.

Le nouvel article L.141-4 marque un tournant dans l'histoire du droit de la consommation ; il pose des questionnements quant à son intensité (le « peut » employé par le législateur déçoit plus qu'il n'interroge) et soulève des critiques quant à son champ d'application (limité aux dispositions du Code de la consommation, l'article est confronté, rapproché, voir fusionné avec l'article 12 du CPC à titre de proposition). La Cour de cassation s'y conforme et marque un abandon (forcé) de sa jurisprudence antérieure.

CONCLUSION DE TITRE

549. La notion d'« effet utile » gouverne largement le droit européen de la consommation et commande aux Etats-membres de faire une transposition et une application du droit de la consommation de manière efficace. Le relevé d'office du juge se présente comme le garant de cet « effet utile ».

La jurisprudence communautaire consacre le relevé d'office du juge par l'arrêt « Cofidis » ; arrêt de référence, c'est le premier ayant véritablement confronté l'exigence d'effectivité du droit de la consommation à la question du relevé d'office du juge. La solution n'est pas applicable à l'ensemble du contentieux du droit de la consommation et n'englobe pas tous les aspects de la controverse : rendue dans le domaine des clauses abusives, la Cour de justice ne touche pas tout le droit de la consommation : elle exclut celui du crédit à la consommation, aspect essentiel du droit de la consommation. Elle consacre ensuite le relevé d'office du juge dans ce domaine, mais le résultat n'est pas édifiant : la question de la déchéance du droit aux intérêts soulevait des difficultés issues de la nature de cette sanction ; elle était qualifiée de « peine privée » en raison de son caractère punitif à l'égard du professionnel. Cette particularité du droit du crédit renvoie aux limites à l'office du juge : il ne peut pas s'extraire des exigences des principes directeurs et de l'objet du litige. Relever d'office une irrégularité et la sanction de la déchéance qui en découle méconnaît ce principe si elle n'est pas invoquée ni demandée par le consommateur.

La dichotomie déjà existante en droit interne entre clauses abusives et crédit à la consommation s'ouvre largement au sein de la jurisprudence communautaire partagée entre la consécration du relevé d'office du juge en droit des clauses abusives et la controverse toujours ouverte en droit du crédit à la consommation.

550. La loi « Chatel » ne maintient pas cette dichotomie : droit des clauses abusives et crédit à la consommation se tiennent côte à côte sous la main du juge. Le législateur interne, poussé par le législateur communautaire, procède à une réforme essentielle et fondamentale en droit de la consommation ; il révèle des imprécisions suscitant une certaine déception à travers les termes employés pour réglementer le relevé d'office du juge.

La loi de transposition de 2008 doit assurer l'effet « utile » du droit communautaire de la consommation. Si c'est bien le cas à l'égard des dispositions issues du Code de la consommation, le champ d'application réduit aux dispositions du code inspire la crainte d'un cloisonnement du relevé d'office du juge et donc d'une réduction de la protection accordée aux consommateurs. Le souci de l'effectivité relevé à l'égard de la faculté consacrée par la loi « Chatel » est le même à l'égard du champ d'application de cet article.

Le législateur plonge la doctrine et la jurisprudence dans une autre controverse : celle relative à l'intensité du relevé d'office, de son champ d'application, et de sa coordination avec le Code de procédure civile. La majorité de la doctrine est gênée par la consécration de la faculté du relevé d'office au regard de l'incertitude dans laquelle elle plonge le contentieux du droit de la consommation. Une faculté laissée au juge est considérée comme dangereuse pour les justiciables car elle les expose à son arbitraire. A l'inverse, une obligation imposée au juge assurerait le respect du procès équitable et l'effectivité du droit de la consommation. Cette obligation qui n'existe que dans certains cas particuliers (certaines dispositions d'ordre public emportent une obligation pour le juge) n'est pas retenue par le législateur ; il choisit de « s'en tenir » aux principes directeurs déjà existants dans notre droit pour garantir le procès équitable (le principe du contradictoire qui assure une discussion entre les parties et le principe dispositif qui leur impose l'allégation des faits).

Cette controverse s'impose nécessairement à la lecture du nouvel article L.141-4, mais elle ne doit pas s'en tenir au seul Code de la consommation et plutôt se tourner en direction de l'article 12 du Code de procédure civile qui commande de trancher le litige en droit. Il est mal reçu que le juge puisse légalement « choisir » de relever d'office ou non un moyen de droit. Ce « choix » ne reste ouvert que pour des raisons pratiques : une obligation imposée au juge serait difficilement possible matériellement car elle ouvrirait la porte des pourvois, et le juge ne peut pas être infaillible dans l'exercice du relevé d'office.

Le législateur n'est pas au bout de ses peines, la Cour de justice va poursuivre l'évolution du relevé d'office du juge.

TITRE 2

UNE CONSÉCRATION PARTIELLE DU RELEVÉ D’OFFICE

La consécration du relevé d’office en droit interne est conforme aux exigences du droit communautaire : celui-ci avait invité le droit interne sur la voie de la faculté à travers sa jurisprudence. Il va toutefois aller plus loin. Le droit français, soumis aux principes qui sont les siens et qui dominent la procédure civile ne le suivra pas totalement dans cette direction.

Partant de la consécration du relevé d’office à la fois communautaire et française, la problématique se déplace sur le terrain de la portée de cette consécration. Celle-ci emporte nécessairement avec elle un flot de questions relatives à son ampleur et à ses effets. Ensemble, et successivement, le juge et le législateur livrent leur contribution à l’évolution de la question, concomitamment à l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne donnant naissance à « l’Union européenne » (« le droit européen » devant désormais être employé pour évoquer le droit qui en est issu).

La consécration du relevé d’office ne sera pourtant que partielle, car elle ne sera pas reçue par le législateur français (**Chapitre 2**) telle que le juge européen l’avait conçue (**Chapitre 1**).

CHAPITRE 1

LE RELEVÉ D'OFFICE CONÇU PAR LE JUGE EUROPÉEN

La Cour de justice intervient pour apporter des précisions à l'égard tant de la limite posée par la nature des dispositions, que des principes dispositifs. Elle libère le relevé d'office de certaines contraintes, apportant des éclaircissements quant à l'exercice du relevé d'office tout en respectant certaines limites, peu important la source (nationale ou communautaire) de la règle.

551. Les arrêts de la Cour qui seront développés apportent un éclairage essentiel quant à l'exercice de l'office du juge. Depuis l'entrée en vigueur de la loi « Chatel », la question de la faculté du relevé d'office du juge ne se pose plus. La Cour de justice va aller plus loin : un arrêt permettra, par la richesse de ses précisions, de représenter l'ensemble de la jurisprudence européenne et de dérouler les arrêts qui le confirment : c'est l'arrêt dit « Pannon ». Même s'il a été rendu avant le traité de Lisbonne et que c'est la « CJCE » qui en est l'auteur comme certains arrêts qui le confirment, il sera développé et évoqué comme faisant partie de la jurisprudence « européenne » ainsi que l'ensemble des arrêts rendus après lui.

552. Si cet arrêt n'est pas parfait, il est beaucoup plus précis que ne l'étaient ceux rendus avant lui, et procède d'un réel apport quant à la portée du relevé d'office du juge. Il fait figure de proue dans la conception du relevé d'office du juge par la Cour de justice : son analyse démontre qu'il apporte des évolutions à l'égard tant de l'intensité du relevé d'office (**Section 1**) que de ses effets (**Section 2**).

SECTION 1

L'INTENSITÉ DU RELEVÉ D'OFFICE

OU « L'AUTOPSIE » DE L'ARRET « PANNON »

La Cour n'avait pas clairement indiqué sa préférence pour un devoir ou un pouvoir du relevé d'office par le juge. Elle laisse planer le doute, d'autant que les réponses apportées précédemment par le juge « communautaire » usaient du verbe « pouvoir »...

Après avoir rappelé l'intérêt du relevé d'office du juge pour le droit de la consommation, la Cour a surtout exposé les éléments qui permettent, d'après elle, d'ouvrir la voie de l'obligation du relevé d'office. La richesse de cet arrêt sur la portée du relevé d'office du juge du caractère abusif d'une clause en fera notre fil directeur pour ce développement ; c'est le premier à intervenir dans le paysage européen à la suite de la réforme de la loi « Chatel ».

553. L'arrêt « Pannon » de l'obligation. – Une interprétation des directives confrontées à l'office du juge est livrée par la Cour de Justice le 4 juin 2009¹²⁶⁷, dans l'arrêt « Pannon ». En l'espèce, un consommateur (M^{me} Sustikné Györfi) a conclu avec un professionnel, vendeur (la société « Pannon ») un contrat d'abonnement relatif à la fourniture de services de téléphonie mobile prévoyant par une clause au contrat que le Tribunal compétent en cas de litige serait celui du ressort du siège social du professionnel ; ce dernier était très éloigné du domicile du consommateur. La juridiction hongroise, saisie du litige, pose trois questions préjudicielles à la Cour de Justice¹²⁶⁸ :

- le consommateur doit-il, en vertu de l'article 6, § 1, de la directive n° 93/13/CEE, avoir contesté avec succès une clause afin qu'elle ne le lie pas ?

¹²⁶⁷ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt./ Erzsébet Sustikné Györfi* ; *L'essentiel, Droit des contrats*, 1^{er} septembre 2009, n° 8, p. 6, note G. GUERLIN.

¹²⁶⁸ Pour une reproduction intégrale des questions posées à la Cour de justice par la juridiction hongroise : « 1) L'article 6, paragraphe 1, de la directive [93/13], aux termes duquel les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, peut-il être interprété en ce sens que le fait que le consommateur n'est pas lié par une clause abusive introduite par le professionnel ne résulte pas de plein droit de la loi, mais suppose que le consommateur conteste avec succès ladite clause abusive en introduisant une demande à cet effet ?

2) La protection que la directive [93/13] confère aux consommateurs nécessite-t-elle de la part du juge national que celui-ci se prononce d'office, même en l'absence de demande en ce sens, c'est-à-dire sans que le caractère abusif de la clause n'ait été invoqué – et quel que soit le caractère, contentieux ou gracieux, de la procédure –, sur le caractère abusif d'une clause contractuelle dont il est saisi, et qu'il examine ainsi d'office, dans le cadre de la vérification de sa propre compétence territoriale, la clause introduite par le professionnel ?

3) En cas de réponse affirmative à la deuxième question, quels sont les éléments que le juge national doit prendre en compte et apprécier dans le cadre dudit examen ? ».

- le juge doit-il, indépendamment de la nature du recours, se prononcer d'office sur le caractère abusif d'une clause contractuelle ?

- si le relevé d'office est admis, quels sont les éléments à prendre en compte pour apprécier le caractère abusif de la clause ?

554. La réponse de la Cour de justice. – Dans un premier temps, la Cour de justice précise, même si cela semble inutile, que la directive de 1993 a aussi vocation à intervenir en faveur des consommateurs qui n'auraient pas soulevé le moyen tiré du caractère abusif d'une clause du fait de leur ignorance ou en raison de la crainte que leur inspire un procès à l'issue incertaine¹²⁶⁹.

La Cour décide :

« 1) L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur, et qu'il n'est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause.

2) Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale.

3) Il appartient au juge national de déterminer si une clause contractuelle telle que celle faisant l'objet du litige au principal réunit les critères requis pour être qualifiée d'abusive au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13. Ce faisant, le juge national doit tenir compte du fait qu'une clause contenue dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, peut être considérée comme abusive ».

¹²⁶⁹ Communiqué de presse n°46/09 de la CJCE, arrêt de la Cour dans l'affaire *Pannon*.

La Cour répond aux questions posées avec précision : à la première question la cour déclare que la directive « [...] doit être [interprétée] en ce sens qu'une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur et qu'il n'est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause ».

A la deuxième question relative à l'office du juge la Cour précise que « Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ».

Enfin, à la troisième question relative aux éléments à prendre en compte pour qualifier une clause d'abusives ou non, elle impose au juge national de se référer aux « [...] critères requis pour être qualifiée d'abusives au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la Directive 93/13 » et ajoute « qu'une clause contenue dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, peut être considérée comme abusive ».

C'est à partir de cet arrêt que l'analyse va être engagée et poursuivie quant à la portée du relevé d'office du juge. Une première lecture de celui-ci sera nécessaire avant de procéder à son « autopsie ».

555. La solution de la Cour se découpe donc en plusieurs parties : elle évoque d'abord les effets du caractère abusif (« [...] une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur [...] », la demande en nullité de cette clause (« [...] et qu'il n'est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause »), le principe nouveau de l'obligation du relevé d'office (« Le juge national est tenu d'examiner d'office [...] »), les limites dans lesquelles cet examen doit être effectué (« [...] dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet »), le principe de la renonciation par le consommateur au bénéfice du relevé d'office (« [...] sauf si le consommateur s'y oppose) et enfin les critères devant être retenus pour qualifier la clause d'abusives (« [...] déterminer si une clause contractuelle telle que celle faisant l'objet du litige au principal réunit les critères requis pour être qualifiée d'abusives [...] ». Le juge va même jusqu'à donner des indices : « Ce faisant, le juge national doit tenir compte du fait qu'une clause contenue dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle et qui confère compétence exclusive au tribunal

dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, peut être considérée comme abusive ».

L’arrêt « Pannon » apporte deux évolutions au droit européen de la consommation : le relevé d’office du juge du caractère abusif des clauses est maintenant obligatoire (§1) ; l’arrêt conditionne l’obligation nouvelle (§2).

§ 1. La consécration de l’obligation du relevé d’office

« Le juge national est tenu d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle[...] ».

L’origine européenne de cette consécration (I) aura nécessairement des répercussions au sein du droit interne. Au regard de la législation en vigueur au moment de cette consécration, et contre toute attente, le droit interne s’y accommode : la portée de la solution « Pannon » en droit interne est singulière (II).

I. Une consécration d’origine européenne

Le principe de l’obligation pour le juge n’est pas nouveau si l’on regarde le contenu de la directive de 1993 (A). Si une obligation du relevé d’office est soutenue par une lecture de la directive de 1993, la consécration de cette obligation au sein de la jurisprudence de la Cour de justice (B) est nouvelle.

A. Un principe ancien dans les textes

556. La directive de 1993, dans le sens d’une obligation pour le juge. – Un début de réponse peut être apporté quant à la question de savoir si le juge est contraint ou seulement autorisé à la lecture de la directive de 1993. Cette dernière révèle en effet la nécessité que présente l’obligation du relevé d’office du juge. Cette obligation du juge de relever d’office une clause abusive paraît d’abord légitime au regard de l’article 6 de la directive de 1993¹²⁷⁰ où il est exigé des législations nationales que les consommateurs ne soient pas liés par les clauses abusives ; elle l’est surtout au regard des articles 7 (1) et 8 (2) de la directive.

¹²⁷⁰ E.RIGAL, « Le juge et les clauses abusives », Contributions du colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30^e anniversaire », 2009.

1° L'article 7 de la directive

557. En vertu de cet article : « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ». Le juge doit interpréter la directive conformément à sa finalité, ce qui implique de sa part qu'il puisse et doive relever d'office une clause abusive s'il entend procéder à une protection efficace du consommateur. En effet, ces exigences ne peuvent être compatibles avec les législations nationales que si elles reconnaissent au juge le devoir et non pas seulement la faculté de relever d'office une clause jugée abusive. Par ailleurs, le juge national viendrait lui-même contrarier les objectifs de la directive s'il ne relevait pas d'office une clause abusive au sein d'un contrat soumis à son jugement.

2° L'article 8 de la directive

558. Une analyse de l'article 8 de la directive permet d'envisager l'obligation du relevé d'office. Selon ce texte : « Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ». Imposer au juge une obligation de relever d'office le caractère abusif d'une clause relève bien d'une disposition plus stricte compatible avec la finalité de la directive et assurant une protection plus élevée au consommateur.

Si les textes n'ont pas changé, l'interprétation retenue par la jurisprudence renouvelle la matière.

B. Un principe nouveau dans la jurisprudence

L'arrêt « Pannon » (1) qui pose la première pierre à l'obligation du relevé d'office du juge sera rapidement confirmée par l'arrêt « Asturcom » (2).

1° L’affirmation de « Pannon »

La portée (b) de la solution de l’arrêt « Pannon » (a) est considérable pour le droit européen et interne de la consommation.

a) La solution de l’arrêt « Pannon »

559. En bref. – Pour un bref rappel des faits¹²⁷¹, la Cour de justice avait eu à se prononcer sur une question préjudicielle posée à l’occasion d’un litige opposant un consommateur à un professionnel, tous deux liés par un contrat d’abonnement relatif à la fourniture de services de téléphonie mobile. Ce dernier comportait une clause attributive de juridiction (elle désignait la juridiction du ressort du siège social du professionnel, très éloignée du domicile du consommateur). Cette question préjudicielle est l’occasion pour la Cour de justice de décider que : « le juge national est tenu d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle [...] ».

Lorsqu’est évoquée la consécration de l’obligation du relevé d’office il faut évoquer l’arrêt « Mostaza Claro »¹²⁷² rendu trois ans plus tôt, au terme duquel une obligation du relevé d’office avait été décelée.

560. Questions préjudicielles « évolutives ». – Il est intéressant de noter que les questions préjudicielles posées reflètent l’évolution du relevé d’office entre les arrêts : en 2006, le juge se demandait : « la protection des consommateurs qu’assure la directive 93/13/CEE [...] implique-t-elle que la juridiction saisie d’un recours en annulation d’une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d’arbitrage ». Tandis que trois ans plus tard, il était question de savoir si : « La protection que la directive [93/13] confère aux consommateurs nécessite-t-elle de la part du juge national que celui-ci se prononce d’office ». Le passage du « peut » au « doit » s’observe dans la question même. L’observation doit être nuancée car il s’agissait, dans l’arrêt « Mostaza Claro » d’une question particulière de procédure relative à la nullité d’une clause compromissoire/convention d’arbitrage soulevée dans le cadre du recours en annulation et non dans celui de la procédure arbitrale, alors que

¹²⁷¹ Cf. note 553.

¹²⁷² CJCE, 26 octobre 2006, aff. C- 168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, précité.

dans l'arrêt « Pannon », c'est celle, classique, du caractère abusif d'une clause attributive de compétence ; la question posée par la juridiction nationale a une portée générale.

561. L'arrêt « Mostaza » ou le commencement de « l'obligation ». – L'arrêt « Mostaza Claro » est le prélude à l'arrêt « Pannon » qui y fait référence¹²⁷³ et à la jurisprudence en faveur de l'obligation du relevé d'office. Il faut apprécier l'arrêt « Mostaza Claro » comme un « commencement du principe de l'obligation ». A l'époque, la Cour avait visé la directive de 1993 dans son ensemble. Elle n'avait pas donné de précisions quant à l'exercice du relevé d'office en s'appuyant sur des dispositions de la directive et n'avait pas fait mention des éléments de fait et de droit, ni des critères devant être retenus pour qualifier la clause d'abusives. Elle avait seulement déduit de la directive le relevé d'office du caractère abusif d'une clause et sa nullité. Dans cette affaire, le consommateur avait bien invoqué la nullité de la sentence sur le fondement du caractère abusif de la clause compromissaire. La convention d'arbitrage étant nulle, le consommateur était fondé à demander la nullité de la sentence rendue par la juridiction désignée.

A. MOURRE craignait d'ailleurs, à la suite de l'arrêt « Mostaza Claro » que « [...] le risque existe que la même obligation d'invoquer d'office le droit communautaire soit demain imposée au juge dans d'autres domaines »¹²⁷⁴. Si cette crainte visait le droit de la concurrence, elle est partiellement confirmée : la consécration du relevé d'office du juge est intensifiée par le principe nouveau de l'obligation et élargie quant à son champ d'application par la transposition de la directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 *via* la loi du 1^{er} juillet 2010¹²⁷⁵.

562. La solution. – La Cour, pour justifier cette décision, déclare que : « la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et ce faisant de suppléer au déséquilibre qui existe entre consommateur et professionnel ». La règle est donc posée : « [...] le relevé d'office est une obligation pour le juge [...] » et « le principe dégagé par la Cour de Luxembourg est

¹²⁷³ Points n°s 25 et 31 de l'arrêt *Pannon*.

¹²⁷⁴ A. MOURRE, « Protection des consommateurs. - Convention d'arbitrage. - Clause abusive.- Absence de réserves.- Annulation de la sentence.- Office du juge.- Ordre public communautaire.- Autonomie procédurale des Etats », note sous CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Journal du droit international*, avril 2007, n° 2, p. 13, *précité*.

¹²⁷⁵ Loi du 1^{er} juillet 2010 n° 2010-737 de transposition de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 « concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986, *précité* (sur cette directive, v. V. CADORET : « Bref aperçu des obligations d'information et devoir de renseignement dans la directive n° 2008/48 CE du 23 avril 2008 », in *Droit de la consommation*, LPA 2 juillet 2009 n° 131, p. 7, act. II).

manifestement transposable à toutes les directives relevant de la protection des consommateurs [...] »¹²⁷⁶.

b) La portée de la solution « Pannon »

Saluée par la doctrine la solution « Pannon » est l'illustration de la notion d'« effet utile » qui vient au soutien de la consécration du relevé d'office effectuée par la Cour de justice.

563. L'effet utile au soutien de la solution. – La Cour rappelle le principe d'effectivité de la protection accordée par la directive de 1993 qui est le fondement de son raisonnement pour appuyer l'obligation du relevé d'office du juge.

564. Rappelant l'arrêt « Océano Grupo », la Cour relève que les Etats-membres ne doivent pas, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, mettre en place une procédure qui subordonne l'application de la directive de 1993 à une intervention active des consommateurs : « [...] l'objectif poursuivi par l'article 6 de la directive ne pourrait être atteint si les consommateurs devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif d'une clause contractuelle [...] »¹²⁷⁷. Elle ajoute que « [...] l'expression "dans les conditions fixées par leurs droits nationaux", énoncée à l'article 6, paragraphe 1, de la directive, ne saurait être comprise comme permettant aux États membres de subordonner le caractère non contraignant d'une clause abusive à [...] »¹²⁷⁸ sa contestation par le consommateur. Pour ne pas « [...] affecter la protection juridique dont doit bénéficier le consommateur en vertu des dispositions de la directive »¹²⁷⁹, les Etats-membres doivent permettre le relevé d'office du juge au sein de leur droit interne. Ce faisant, « le juge saisi est donc appelé à assurer l'effet utile de la protection voulue par les dispositions de la directive »¹²⁸⁰.

565. Tout comme l'arrêt « Océano Grupo », qui ne reconnaissait qu'une faculté au juge dans l'exercice de son pouvoir de relevé d'office, le juge prend surtout en compte le fait que le consommateur adhère à des clauses qu'il n'a pas pu négocier et face auxquelles il est désarmé. En effet, ce dernier n'est pas nécessairement représenté par un avocat ; s'il arrive

¹²⁷⁶ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹²⁷⁷ Extrait du point n° 23 de l'arrêt *Pannon*.

¹²⁷⁸ Extrait du point n° 27 de l'arrêt *Pannon*.

¹²⁷⁹ Extrait du point n° 34 de l'arrêt *Pannon*.

¹²⁸⁰ Extrait du point n° 32 de l'arrêt *Pannon*.

qu'il le soit, celui-ci n'est pas infaillible. Ces éléments donnent autant de raisons au juge d'intervenir pour remédier à ce déséquilibre, même s'il n'est pas là pour défendre le consommateur mais pour trancher un litige.

566. Dans le même temps, tout comme dans son précédent arrêt « Océano Grupo », le juge vise la clause attributive de juridiction en faveur du professionnel et qui, de plus, n'a pas fait l'objet de négociation individuelle. Une telle clause est déséquilibrée puisque la juridiction en question peut être très éloignée du domicile du consommateur, qui doit se déplacer et avancer des frais alors qu'il ne sait pas si le juge lui donnera tort ou raison.

Ce n'est qu'un an plus tard que les souhaits de la doctrine en faveur de l'obligation du relevé d'office du juge sont exaucés¹²⁸¹.

567. Une solution saluée par la doctrine. – La doctrine accueille la jurisprudence européenne avec beaucoup d'espoir : « Dans l'attente de la publication de cet arrêt et jusqu'à plus ample information, on peut penser qu'il y a là matière à remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation, même si l'article L. 141-4 ne résulte pas d'une directive »¹²⁸². La consécration de l'obligation du relevé d'office du juge en droit européen révèle d'autant plus l'incohérence de celle de la faculté reconnue en droit interne déjà critiquée lors de l'entrée en vigueur de la réforme : « Il ne nous paraît pas cohérent de seulement permettre au juge de relever d'office un moyen, il faudrait, sur le modèle communautaire, le lui imposer »¹²⁸³.

L'arrêt « Pannon » emprunte donc, en 2009, ce chemin. L'arrêt « Asturcom » le suit de près.

2° La confirmation « Asturcom »

568. Dans l'arrêt dit « Asturcom » de la Cour de justice du 6 octobre 2009¹²⁸⁴, le juge se prononce à nouveau sur la question du relevé d'office du juge dans une affaire où il s'agissait d'un recours en exécution forcée d'une sentence qui était devenue définitive. Plus précisément, dans cette affaire il s'agissait d'une clause compromissoire abusive insérée dans un contrat de

¹²⁸¹ Cf. note 483.

¹²⁸² G. RAYMOND, « Délai de forclusion et office du juge », note sous Cass, 1^{re} civ. 14 mai 2009, n° 08-12.836, Bull. civ. 2009 I, n° 94, *JCP CCC* juillet 2009, n° 7, comm. 206.

¹²⁸³ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC*, juillet 2013, n° 7, étude 9, *précité*.

¹²⁸⁴ CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*.

téléphonie mobile signé entre un professionnel et un consommateur. Celui-ci ne s'était pas défendu lorsque cette clause a finalement été appliquée à la suite des difficultés de paiements. Le juge de l'*exequatur* espagnol, qui avait eu à se prononcer sur l'effectivité de la sentence rendue avait d'abord posé une question préjudicielle à la Cour de Justice pour savoir si le pouvoir du relevé d'office du juge prévu par la directive de 1993 relative aux clauses abusives visait aussi le juge de l'*exequatur*.

569. Le rappel de l'obligation du relevé d'office. – La Cour a considéré de façon pragmatique qu'« une juridiction nationale saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale [...] est tenue [...] d'apprécier d'office le caractère abusif de la clause d'arbitrage ». Cet arrêt qui confirme l'arrêt « Pannon » suscite l'intérêt des juges nationaux puisqu'il semble aller plus loin dans l'analyse. En effet, la Cour, qui fait du juge un élément essentiel pour que la directive soit respectée, renvoie à l'arrêt « Mostaza Claro »¹²⁸⁵ ; dans cet arrêt, la Cour avait pris une décision similaire dans une affaire concernant un recours en annulation. Il semble que la Cour de justice ait finalement décidé d'élargir cette solution aux procédures d'*exequatur*. La Cour suit donc le raisonnement qu'elle avait adopté dans l'arrêt « Pannon » mais en poussant plus loin sa logique puisqu'elle prône le pouvoir du relevé d'office du juge même sur une affaire dans laquelle il y a autorité de la chose jugée lorsque les règles de procédure nationale l'y autorisent par équivalence (ce que fait d'ailleurs le droit français à travers l'article 1484 du Code de procédure civile, 6^e point).

570. L'équilibre contractuel. – Ainsi, tout comme dans les arrêts « Mostaza Claro » et « Océano Grupo », il s'agit ici de rétablir un équilibre contractuel. Mais la Cour précise aux états-membres que cette intervention protectionniste du juge dans la loi des parties et en l'espèce sur l'autorité de chose jugée de la sentence arbitrale ne doit pas mettre en danger l'exigence de sécurité juridique. En effet, elle décide que même si la directive est là pour corriger des inégalités, elle ne doit pas forcer les Etats à renoncer à leur système procédural (une telle limite avait déjà été soulevée par la Cour de Justice dans un arrêt du 1^{er} juin 1999, « Eco Swiss »). A l'inverse, le juge rappelle que les normes de procédures internes ne doivent pas neutraliser toute tentative de la Cour de rectifier les injustices, ce que justifiait C. LEGROS qui considérait que l'arbitrage ne doit pas être « le terrain de prédilection de la

¹²⁸⁵ CJCE, 26 octobre 2006, aff. C- 168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, précité.

violation du droit communautaire impératif »¹²⁸⁶. Cette affirmation est toujours vraie aujourd'hui.

571. Tout comme dans les arrêts précédents, il s'agit de faire de la directive un texte effectif, ce que l'on constate lorsque le juge espagnol intervient dans la relation contractuelle pour reconnaître le caractère abusif de la clause compromissaire, peu important que le consommateur n'ait pas réagi pour tenter de faire valoir ses droits. Les critiques qui peuvent être formulées soulignent la préférence à l'effectivité du droit *communautaire* ; une critique que l'Allemagne avait exprimé à l'encontre de la décision prise dans l'arrêt « Mostaza Claro ». L'effectivité de la directive et du droit de la consommation n'est visée par la Cour de justice que dans un souci louable de protection. Si la démarche du juge est justifiée, une telle décision aura cependant très certainement un effet sur le droit interne en ce qu'il entraînera une atténuation du respect envers la procédure d'arbitrage.

II. La portée singulière du principe de l'obligation en droit interne

Le droit interne qui avait consacré la faculté du relevé d'office doit s'adapter à la consécration communautaire de l'obligation (A) ; certaines dispositions en vigueur vont relativiser la nécessité de prendre des mesures pour procéder à une adaptation (B).

A. L'adaptation nécessaire du principe interne de la faculté du relevé d'office

La question de l'adaptation du principe de la faculté du relevé d'office se posera à la fois au regard de la jurisprudence (1) et de la législation interne : soit la loi « Chatel » (2).

1° La portée de la solution au regard de la jurisprudence interne

572. « Mais attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation *doit* être relevée d'office par le juge » ? – Faut-il désormais qu'un nouvel arrêt « Betton » intervienne dans la jurisprudence interne pour décider que le juge doit relever d'office les dispositions du Code de la consommation ? D'une certaine manière, le revirement de la solution « Betton » apporté par la solution « Pannon » n'est finalement que relatif (a). C'est plutôt au sein même de la jurisprudence interne qu'un revirement de la jurisprudence « Betton » est éventuellement possible (b).

¹²⁸⁶ H. AUBRY, E. POILLOT, N. SAUPHANOR- BROUILLAUD, « Droit de la consommation janvier 2009 - janvier 2010 », D. 2010, p. 790.

a) Un revirement relatif de l'arrêt « Betton »

573. L'origine du moyen relevé d'office. – Alors que le juge français n'admet pas que le relevé d'office du juge puisse être une obligation pour ce dernier, le juge européen la consacre enfin. Pourtant, il faut relativiser l'idée d'un revirement de la jurisprudence « Betton » rendue quelques mois auparavant : dans ce dernier, le juge relève un moyen de droit issu du Code de la consommation pour trancher un litige relatif à un contrat de crédit. Dans l'arrêt « Pannon », la Cour de justice répond à une question préjudicielle relative à un moyen issu d'une directive. Il ne fait qu'ouvrir une exception de plus à celles déjà présentes en droit interne.

Toujours est-il que cette exception doit être intégrée par la jurisprudence en vertu du principe de primauté du droit de l'Union. L'article L.141-4 du Code de la consommation en vertu duquel une obligation du relevé d'office du juge ne pouvait être qu'espérée et interprétée au regard de l'article 12 du CPC, devrait bénéficier de celle de la solution « Pannon »¹²⁸⁷.

b) Un revirement possible de l'arrêt « Betton »

574. L'arrêt du 19 février 2014¹²⁸⁸. – Si la jurisprudence européenne n'apporte pas un réel revirement de jurisprudence pour le juge interne, un récent arrêt de la première chambre civile va peut-être en apporter un. Un demandeur agit sur le fondement de la garantie des vices cachés pour obtenir le remboursement de l'achat d'un chien qui était hémophile. Pour les juges du fond, un tel fondement juridique n'est pas valable car le litige relève du Code rural et de la pêche maritime, auquel les parties n'avaient pas précisé que le contrat conclu entre elles y dérogeait. La demande est rejetée.

575. La solution. – Dans cet arrêt, la première chambre civile de la Cour casse la solution et décide que : « [...] la vente avait été conclue entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle et un acheteur agissant en qualité de consommateur, en sorte qu'il lui

¹²⁸⁷ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La CJUE, le relevé d'office et les droits de la défense », note sous CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, JCP E 18 avril 2013, n° 16, p. 1226, *précité* : « En droit interne français, cette décision est une nouvelle occasion de rappeler que l'article L.141-4 du Code de la consommation, qui a introduit en 2008 la faculté de relevé d'office pour le juge, doit être interprété en réalité comme lui imposant une obligation : le droit interne ne peut en effet pas proposer de solution moins protectrice pour le consommateur que le droit communautaire ».

¹²⁸⁸ Cass, 1^{re} civ. 19 février 2014, n° 12-23.519, *Mme X c/ M. Y, D*, Inédit ; *Gaz. Pal.* 27 mai 2014 n° 147, p. 38, note L. MAYER.

incombait de faire application, au besoin d'office, des dispositions d'ordre public relatives à la garantie légale de conformité [...] ». La garantie légale de conformité est prévue par les articles L.211-4 et suivants du Code de la consommation. Or, toutes les dispositions du code peuvent être relevées d'office par le juge. A quel titre la Cour peut-elle décider que le relevé d'office de ces dispositions incombe au juge du fond ?

A la lecture de cet arrêt la question se pose : opère-t-il une véritable remise en cause de la jurisprudence de 2009 ? Le fait qu'il ne soit pas publié au bulletin invite à répondre négativement ; son contenu laisse perplexe.

576. A la « croisée » des solutions. – En réalité, cet arrêt est rendu à la confluence de l'arrêt d'Assemblée Plénière de 2007¹²⁸⁹ et de celui « Pannon » de 2009 : partagée entre la faculté de changer le fondement juridique de la demande et l'obligation de relever d'office une disposition consumériste, la solution est doublement intéressante et d'autant plus complexe. On peut comprendre, à travers cet arrêt, qu'il apporte une atténuation à la fois à l'arrêt « Dauvin » et à celui « Betton » : d'une part parce que la Cour demande aux juges du fond de changer le fondement juridique de la prétention (de la garantie des vices cachés en celui de la garantie légale de conformité), et ensuite parce qu'elle emploie le terme « incombe » pour imposer le relevé d'office en raison de la qualité de « [...] vendeur agissant au titre de son activité professionnelle [...] » pour l'un, et d'« [...] acheteur agissant en qualité de consommateur [...] » pour l'autre.

577. Une précision de l'arrêt « Dauvin » participe à l'analyse de la solution au regard du droit de la procédure civile (soumise elle aussi à controverse¹²⁹⁰) : « [...] il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières [...] », pourrait éventuellement expliquer cette solution. En précisant que le moyen visé est « d'ordre public » tout en apposant l'article 12 du CPC au visa de sa solution, l'arrêt invite à l'interprétation suivante : « [...] la première chambre civile vise spontanément l'article 12 du Code de procédure civile, alors même que ce texte ne figurait pas parmi ceux dont le pourvoi invoquait la violation. C'est donc bien une certaine conception de l'office du juge qu'elle a entendu mettre en œuvre [...]. De fait, les textes qui font expressément obligation au juge de relever d'office une disposition, dont il n'est pas contesté qu'ils constituent des "règles particulières" au sens de l'arrêt du 21 décembre 2007, concernent des règles d'ordre public »¹²⁹¹.

¹²⁸⁹ Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin*, précité.

¹²⁹⁰ Cf. p.110 s.

¹²⁹¹ L. MAYER, « L'office du juge en droit de la consommation : nouvelle (im)précision », note sous Cass, 1^{re} civ. 19 février 2014, n° 12-23.519, Inédit, *Gaz. Pal.* 27 mai 2014, n° 147, p. 38, précité.

La solution s'analyse aussi au regard du droit de la consommation : ce droit avait vocation à s'appliquer au cas d'espèce ; de ce fait, la Cour estime que l'obligation du relevé d'office du juge en était la conséquence. Un raisonnement que l'on ne peut comprendre qu'au regard de la jurisprudence européenne car le droit français n'évoque qu'une faculté.

578. Synthèse. – En somme, le juge devrait procéder de la sorte : « [...] lorsque les parties ont fait l'effort de lui proposer un fondement juridique, le juge peut se dispenser de rectifier l'erreur (!) ; sauf s'il s'agit d'un moyen tiré du droit de la consommation, la Cour de justice de l'Union européenne estimant que le juge interne a l'obligation de relever d'office un tel moyen »¹²⁹². En l'espèce, le consommateur avait effectivement proposé un fondement juridique ; or, la garantie de conformité est issue de la directive du 25 mai 1999¹²⁹³ : une preuve de l'élargissement du champ d'application de l'arrêt « Pannon » par le jeu de la directive n° 2008/48/CE ?

La Cour a-t-elle procédé de la sorte ? Si c'est le cas, elle reste inutilement attachée à la notion d'ordre public dont elle fait mention dans sa solution. Cet arrêt pourrait être celui de revirement de l'arrêt « Betton » par la reconnaissance de l'obligation du relevé d'office du juge de dispositions consuméristes d'origine européenne. S'il laisse présager d'autres infléchissements en faveur d'une obligation du relevé d'office, le fait qu'il ne soit pas publié invite à nuancer l'intention de la Cour de cassation et à considérer qu'il ne s'agit que d'un « possible » revirement.

Si l'arrêt « Pannon » a nécessairement un impact sur la jurisprudence, il n'est pas nécessairement positif.

¹²⁹² C. BLÉRY et L. RASCHEL, « Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Revue Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 4, *précité*.

¹²⁹³ Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur « certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ».

2° La portée de la solution au regard de la loi « Chatel »

La portée de la solution « Pannon » sera exposée pour (toutefois) comprendre de quelle manière elle s'articule avec le droit interne. Le juge vise spécifiquement la directive de 1993 lorsqu'il consacre le « doit » au relevé d'office du juge : l'obligation qui en découle est donc circonscrite à ce texte. Cette obligation nouvelle apporte une limite supplémentaire au principe de la faculté (a) froidement reçue par la doctrine (b).

a) Une limite supplémentaire au principe de la faculté

579. Un cloisonnement des « systèmes ». – On sait que la limite opposée par la Cour de cassation avec l'arrêt du 23 novembre 2004 tenant à la nature des dispositions applicables avait été anéantie par l'arrêt « Rampion ». L'anéantissement n'est que relatif, la Cour de justice a intégré les dispositions européennes relatives au crédit à la consommation dans le champ d'application du relevé d'office amorcé en 2000 avec l'arrêt « Océano ». En droit interne, il n'y a pas de cloisonnement : la faculté du relevé d'office a été reconnue à la fois dans le domaine des clauses abusives (« Codifis »), dans celui du crédit à la consommation (« Rampion »), et au sein des dispositions issues du droit interne (article L.141-4 au sein du C. Consom.). Mais la distinction entre les dispositions issues du droit interne et du droit de l'Union n'a pas été remise en cause : la Cour de justice n'a pas consacré le relevé d'office de manière générale, isolée de la nature de la disposition en cause.

Si la loi « Chatel » consacre le relevé d'office du juge au sein du Code de la consommation et que la jurisprudence française l'accueille de manière timide à travers la consécration de la faculté du relevé d'office, il n'en est pas de même en sein de la jurisprudence européenne : celle-ci consacre une obligation du relevé d'office du juge mais seulement à l'égard des dispositions consuméristes issues du droit de l'Union. En maintenant le cloisonnement, la Cour de justice ajoute une obligation. Une nouvelle atténuation est née : celle issue de la nature européenne de la disposition qui impose une obligation au juge de la relever d'office, et ce, en vertu du principe de primauté. Il y a, face à la faculté désormais établie par la jurisprudence interne, une obligation du juge de relever d'office les dispositions

d’origine européenne, et les fins de non-recevoir d’ordre public¹²⁹⁴ : l’arrêt de 2014 en est une parfaite illustration.

La « scission » va plus loin : elle distingue les dispositions du Code de la consommation et du droit de l’Union de celles issues des autres branches du droit qui dépendent uniquement de l’application de l’article 12 du CPC (et non pas aussi de celui L.141-4 du Code de la consommation).

En consacrant une obligation pour le juge de relever d’office les moyens de droit tirés d’une disposition consumériste d’origine européenne, la Cour de justice met en exergue les incohérences et la complexité de la question du relevé d’office en droit interne.

b) Réception doctrinale de la limite supplémentaire

« Si vous croyez avoir compris, vous avez sûrement tort »¹²⁹⁵.

580. Intensité « multiforme ». – Même si la limite est relative en ce qu’elle ne remet pas en cause le relevé d’office du juge (au contraire), une nouvelle distinction est née : l’obligation du relevé d’office du juge ne peut être reconnue par le juge français qu’à l’égard des dispositions consuméristes issues du droit européen tandis que parallèlement, il reconnaîtra une faculté du relevé d’office à l’égard des autres dispositions issues du Code de la consommation.

Si la faculté était critiquée en droit interne, la distinction « obligation-droit de l’Union » et « faculté-droit interne » est d’autant plus critiquable. Il était déjà difficile de concevoir que l’obligation ne soit pas consacrée en droit interne au regard de l’article 12 du CPC, il l’est encore plus de concevoir qu’une obligation existe pour certaines dispositions et

¹²⁹⁴ Pour un résumé très clair de la situation en droit interne : S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d’office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC*, juillet 2013, n° 7, étude 9, *précité* : « La situation du juge français au regard des dispositions consuméristes peut aujourd’hui se résumer ainsi : il doit relever d’office toutes les règles d’origine communautaire ainsi que les fins de non-recevoir ; il peut relever d’office celles qui sont strictement internes et incluses dans le Code de la consommation » ; également : L. MAYER, « L’office du juge en droit de la consommation : nouvelle (im)précision », note sous Cass, 1^{re} civ. 19 février 2014, n°12-23.519, *Gaz. Pal.*, 27 mai 2014, n° 147, p. 38, *précité* : « le juge, disposant en principe d’une simple faculté de changer le fondement juridique d’une demande, y compris en droit de la consommation depuis la loi Châtel, aurait par exception l’obligation de relever d’office les règles protectrices du consommateur lorsqu’elles résultent d’un texte de l’Union européenne. Ce serait là consacrer une différence d’intensité de l’office du juge selon l’origine, européenne ou non, de la règle applicable au litige ».

¹²⁹⁵ Formule du psychanalyste J. LACAN rapportée par L. RASCHEL in « Le juge doit examiner d’office le caractère abusif d’une clause incluse dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel », note sous CJCE, 4^e ch., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gyorfi*, *JCP E* 15 octobre 2009, n° 42, p. 1970.

non pour d'autres. D'autant que cela crée une complexité en droit interne qui ne sert pas le droit de la consommation : « Il faudra néanmoins s'interroger sur la viabilité d'un système qui confierait au juge une mission différente selon l'origine, communautaire ou non, d'une règle de droit applicable au même contrat »¹²⁹⁶.

581. Cette complexité, pour S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, se résume ainsi : « inégalité entre les justiciables (consommateurs comme professionnels), insécurité juridique, moindre force dissuasive du droit de la consommation... les arguments adverses consistent notamment dans le risque d'inflation du contentieux et le surcroît de travail imposé au juge, ce à quoi une étude permet de répondre que "sous un angle d'économie du droit, il semble en effet nettement moins coûteux d'inciter le juge à relever d'office plutôt que de multiplier les actions en responsabilité contre les avocats" »¹²⁹⁷.

La consécration du relevé d'office a un impact évident sur le droit interne au sein duquel il crée un véritable bouleversement. Pour autant, une réforme en droit interne n'est pas forcément nécessaire.

B. Une adaptation du droit interne inutile

Il ne semble pas nécessaire que le droit interne soit modifié à la suite de l'intervention de l'arrêt « Pannon ». Le droit de la procédure civile permettrait aux juges internes, par une combinaison avec l'article L.141-4 du Code de la consommation, de consacrer l'obligation nouvelle du relevé d'office du juge. Le premier alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile a déjà révélé un intérêt en ce sens¹²⁹⁸. L'impact de la jurisprudence européenne sur le droit interne est donc relatif ; B. GORCHS considère pour sa part que la solution de la Cour de justice n'aura pas d'effet sur le droit interne mais seulement sur la jurisprudence : elle admet qu'une telle obligation puisse résulter de la prise en considération des articles 12 du CPC et L.141-4 du Code de la consommation ensemble, ce qu'illustre l'arrêt rendu le 19 février dernier par la Cour¹²⁹⁹. Et pourtant, l'entrée en vigueur du décret « LME » en droit interne influence directement l'obligation du relevé d'office du juge (1). Par sa portée en droit interne (2), il participe ainsi de la coordination du droit interne avec le droit de l'Union.

¹²⁹⁶ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹²⁹⁷ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC*, juillet 2013, n° 7, étude 9, *précité*.

¹²⁹⁸ Cf. note 454.

¹²⁹⁹ Cass, 1^{re} civ. 19 février 2014, n° 12-23.519, *Mme X c/ M. Y*, *D.* Inédit, *précité* (Cf. note 574).

1° Le décret « LME » et l’obligation du relevé d’office

L’inutilité d’une évolution du droit interne est significative au regard d’une autre combinaison des textes : celle du décret LME avec l’article L.141-4 « Chatel ».

582. Issu de la loi LME du 4 août 2008¹³⁰⁰, le décret d’application du 18 mars 2009¹³⁰¹ est intervenu avant que l’arrêt « Pannon » n’ait été rendu. Alors que la loi « Chatel » œuvrait directement sur le relevé d’office, la loi « LME » va le faire de manière détournée¹³⁰² : par le biais de la création d’une liste « colorée », elle détermine l’intensité du relevé d’office du juge. L’article L.132-1 du Code de la consommation réformé comporte deux nouveaux alinéas¹³⁰³ qui prévoient qu’un décret détermine quelles sont les clauses qui doivent être considérées comme abusives. Désormais, les clauses abusives proviendront toutes du seul pouvoir réglementaire remis au « goût du jour »¹³⁰⁴.

583. La liste « bicolore ». – Imitant les droits anglais et allemand¹³⁰⁵, la nouvelle liste « bicolore », qui ne conserve pas celle dite « blanche » auparavant en vigueur réglemente les clauses abusives au regard de la liste noire contenant des clauses jugées abusives de manière irréfragable¹³⁰⁶, et celle grise¹³⁰⁷ des clauses présumées abusives¹³⁰⁸. En renversant la charge

¹³⁰⁰ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de « modernisation de l’économie » ; cette loi a participé de la transposition de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ». C’est son article 86-I qui prévoit la détermination réglementaire des listes de clauses devant être jugées abusives.

¹³⁰¹ Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 « portant application de l’article L. 132-1 du code de la consommation », publié au Journal officiel le vendredi 20 mars 2009 ; il modifie les articles R. 132-1, R.132-2 et R.132-2-1 du Code de la consommation.

¹³⁰² La loi LME va aussi permettre à la Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes de demander devant les juridictions civiles et commerciales la suppression de clauses abusives.

¹³⁰³ Deuxième alinéa de l’article L.132-1 du Code de la consommation : « Un décret en Conseil d’Etat, pris après avis de la commission instituée à l’article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse » ; troisième alinéa du même article : « Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu’elles portent à l’équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa ».

¹³⁰⁴ A. ETIENNEY, « Droit des obligations », Université de Bourgogne, licence 2, année Universitaire 2009/2010.

¹³⁰⁵ Le souhait de voir le droit français s’aligner sur les droits voisins ayant adopté la liste bicolore avait été exprimé par N. SAUPHANOR, dans sa thèse, in *L’influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Tome 326, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, [Th. doct. : Droit privé : Université de Paris I], février 2000.

¹³⁰⁶ Article R.132-1 nouveau du Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l’article L. 132-1 et dès lors interdites [...] ».

¹³⁰⁷ Il existe, en droit hongrois, une liste dite « grise ».

de la preuve en défaveur du professionnel, le législateur impose au juge de déclarer abusives les clauses présentes dans la liste noire.

584. Le relevé d'office du juge ou la liste « bicolore ». – On pourrait penser que ce qui se dégage d'abord de la loi LME est la volonté d'un retour en arrière et une nostalgie de la loi antérieure en 1978, avec un pouvoir réglementaire fort et un juge « applicateur de la loi ». Il semble que ce n'est pas encore le cas. En effet, deux situations s'offrent au juge. Si ce dernier se trouve devant une clause qui apparaît dans l'un ou l'autre des articles du décret de 2009, il n'a alors qu'à appliquer la loi de la façon la plus juste possible par rapport à la lettre du texte, sans chercher si la clause qui lui est soumise est caractérisée par un « déséquilibre significatif » ; s'il se trouve dans une situation où la clause en question n'a pas été prévue, ni définie par le décret, l'office du juge joue à nouveau, en ce qu'il peut lui-même relever le caractère abusif de la clause, en vertu de l'alinéa premier de l'article L.132-1 du Code de la consommation¹³⁰⁹.

Le rôle du juge n'en sera pas pour autant simplifié, notamment lorsqu'il aura à juger si la clause litigieuse entre dans la définition donnée par le décret. On pourrait alors penser que le juge n'a plus qu'à effectuer un choix : que dans le cas où il ne pourrait pas faire entrer la clause dans le champ de l'article R.132-1 du Code de la consommation ou dans celui de R.132-2, il en fera l'analyse au sens de l'article L.132-1 du Code. Ses pouvoirs semblent relativement renforcés, puisqu'il n'a pas seulement la possibilité d'interpréter la clause au visa de l'article L.132-1 du Code, il dispose aussi des armes offertes par le décret pour lutter contre les clauses abusives. Ainsi, si certains considèrent que le décret restreint la liberté d'appréciation du juge, il n'en est rien car le décret ne fait qu'ouvrir encore la voie du juge.

Le juge dispose d'ailleurs toujours de son pouvoir de relever d'office les clauses qu'il juge abusives en vertu de l'article L. 141-4 du Code de la consommation établi par la loi du 3 janvier 2008, ce dont il use encore dans des arrêts du 8 janvier 2009 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation (et où il était question d'une clause abusive qui limitait les droits du consommateurs à l'encontre du professionnel), et d'autant plus depuis le célèbre arrêt rendu en matière de droit du crédit par la première chambre civile du 22 janvier 2009 précité.

¹³⁰⁸ Article R.132-2 nouveau du Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire [...] ».

¹³⁰⁹ Cass, 1^{re} civ. 27 novembre 2008, n°07-15.226, Bull. civ. 2008, I, n° 275 ; Cass, 1^{re} civ. 28 mai 2009, n°08-15.802, Bull. civ. 2009, I, n° 110 ; Cass, 3^e civ. 10 juin 2009, n°08-13.797, Bull. civ. 2009, III, n° 140.

2° La portée du décret « LME »

Le décret place le droit interne en conformité avec la jurisprudence européenne (a). Sans toutefois contredire le principe de la faculté du relevé d'office que le législateur français reconnaît, il crée, dans le même temps, une nouvelle sous-distinction aux exceptions de nature réglementaire (b).

a) La conformité du droit interne avec la jurisprudence européenne

585. Une conformité *via* la liste « noire ». – La loi LME doit être saluée : elle aligne le droit français avec la solution de la Cour de justice. Par le jeu de la liste « noire », le juge est obligé de déclarer une clause abusive qui répondrait aux critères définis par cette liste : « Sa liberté d'appréciation est supprimée si la clause qui lui est soumise figure dans le nouveau décret : il doit mécaniquement l'écarter, sans examiner l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (C. consom., art. L. 132-1). Dans ces conditions, il peut sembler cohérent d'accueillir la solution de la Cour de justice et de supprimer également la liberté du juge d'appliquer la règle de droit adéquate dans le domaine des clauses abusives »¹³¹⁰.

Ni la loi, ni la jurisprudence ne consacrent réellement une obligation du relevé d'office du juge ; par le jeu des dispositions applicables, le relevé s'impose. La conformité du droit interne avec la jurisprudence européenne s'opère donc par des voies détournées.

586. Une conformité relative. – L'association UFC *Que Choisir* considère que la loi LME, particulièrement la réforme des deux listes, n'éradiqueront pas l'insertion de clauses abusives dans les contrats. Selon cette association « l'imagination de certains professionnels n'ayant pas de limite, il y a fort à parier que de nouvelles clauses verront le jour »¹³¹¹. Selon elle, la méthode du bâton serait toujours la meilleure : elle propose au législateur de mettre en place des sanctions pécuniaires, une méthode beaucoup plus drastique.

¹³¹⁰ L. RASCHEL, «Le juge doit examiner d'office le caractère abusif d'une clause incluse dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel», note sous CJCE, 4^e ch., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon*, JCP E 15 octobre 2009, n° 42, p. 1970, *précité*.

¹³¹¹ Journal « LE POINT », « Clauses abusives : un décret précise le périmètre d'action des professionnels », article de Laurence NEUER, publié le 24 mars 2009.

587. La CCA. – La question demeure aussi de savoir ce qu'il adviendra de la Commission des Clauses Abusives dont le pouvoir d'appréciation était limité aux clauses blanches et qui semble restreint au profit du juge¹³¹².

588. Les clauses illicites. – Enfin, une confusion semble être en train de se former entre les clauses illicites et les clauses abusives. Celles-ci sont différentes : la clause illicite est celle n'étant pas conforme à une disposition réglementaire ou légale tandis que la clause abusive est celle créant un déséquilibre. Cependant, il existe des clauses noires prévues par le décret de 2009 et considérées comme interdites (qui avaient déjà été prévu par le décret de 2005). On pourrait donc légitimement les considérer comme des clauses illicites, c'est-à-dire illégales par nature : elles n'exigent pas une analyse du caractère déséquilibré du contrat.

Dans un arrêt du 5 février 2009¹³¹³ rendu par la Cour de cassation, il s'agissait d'un contrat de crédit à la consommation dans lequel une clause prévoyait que l'emprunteur ne pouvait pas rembourser le crédit de manière anticipé. Pour qualifier la clause d'illicite, la Cour se base sur des dispositions relatives au crédit à la consommation : la clause était contraire à l'une d'elles. Le juge a un droit préalable de regard sur ces clauses : il lui appartient de définir celles qui entrent dans le champ de la liste. La clause abusive de la liste noire est une clause illicite non parce qu'elle est contraire à une disposition légale ou réglementaire mais par le fait d'un travail du juge qui la qualifie d'abusives au regard des critères définis par la réglementation en vigueur.

b) Une nouvelle sous-distinction de nature réglementaire

Le devoir du relevé d'office du juge ne dépend plus seulement de la nature d'ordre public, interne ou européenne de la disposition litigieuse. Il résulte de sa nature réglementaire ; dès lors, une nouvelle sous-distinction fait son apparition en droit interne : le juge peut, par principe, relever d'office les dispositions du Code de la consommation, sauf si elles sont d'ordre public, issues d'une norme européenne ou d'une norme réglementaire.

Si une obligation du relevé d'office du juge existe en droit interne *via* le décret de 2009, rendant une adaptation au droit de l'Union presque inutile, cette dernière serait nécessaire au regard de la complexité que la jurisprudence européenne entraîne dans le

¹³¹² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises"* », JCP G 2009, Vol. I, 168.

¹³¹³ Cass, 1^{re} civ. 5 février 2009, n° 06-16.349, Inédit.

règlement des litiges du droit de la consommation et qui menace une protection effective des consommateurs.

Les doutes qui pouvaient être formulés quant à l’impact de la consécration du relevé d’office en droit interne doivent être nuancés. Le droit interne n’est pas très éloigné de la solution rendue lorsqu’il évoque les conditions dans lesquelles le relevé d’office du juge est exercé. La sous-distinction désormais applicable s’accompagne des limites que le droit interne avait lui aussi souligné au regard de la faculté du relevé d’office ; l’obligation reconnue par l’arrêt « Pannon » est elle aussi soumise à conditions.

§ 2. Le conditionnement de l’obligation du relevé d’office

La simple reconnaissance de l’obligation du relevé d’office du juge ne suffit pas : encore faut-il donner au juge le « mode d’emploi »¹³¹⁴ de l’exercice de son office.

L’obligation du relevé d’office du juge d’examiner le caractère abusif d’une clause est conditionnée par des critères précis. Ces critères sont définis de telle sorte que le juge aura à suivre un véritable « mode d’emploi » de détermination des clauses abusives (I). Néanmoins, le juge ne pourra apprécier les critères donnés qu’au regard des seuls éléments de fait et de droit (II) que les parties auront apportés.

I. Le « mode d’emploi » de détermination des clauses abusives

Le « mode d’emploi » auquel le juge doit se référer pour déterminer si la clause litigieuse est abusive est à la fois européen (A) et réglementaire (B).

A. Le « mode d’emploi » européen du caractère abusif

« Il appartient au juge national de déterminer si une clause contractuelle telle que celle faisant l’objet du litige au principal réunit les critères requis pour être qualifiée d’abusives au sens de l’article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13 »¹³¹⁵.

¹³¹⁴ Expression empruntée à G. POISSONNIER, « Mode d’emploi du relevé d’office en droit de la consommation », *JCP CCC*, mai 2009, n° 5, étude 5.

¹³¹⁵ Extrait de la troisième partie de la solution de l’arrêt *Pannon*.

L'arrêt « Pannon », rappelle le contenu de la directive et notamment les éléments que le juge devra prendre en compte pour qualifier une clause d'abusives. Cette précision renvoie à l'appréciation dont le juge devra faire preuve pour pouvoir user de son pouvoir de relever d'office une clause abusive : le juge rappelle l'exigence de l'« appréciation circonstanciée »¹³¹⁶.

La Cour invite à se pencher sur la méthode du relevé d'office du caractère abusif d'une clause. Il ne suffit pas de donner le champ libre aux juges pour relever d'office les clauses abusives, il importe aussi de leur indiquer le chemin à suivre pour y parvenir. Ce « mode d'emploi » livré par le droit de l'Union impose au juge d'effectuer une appréciation « circonstanciée » (1) pour juger du caractère abusif ou non de la clause litigieuse et qui renvoie à des critères spécifiques (2).

1° La notion de l'appréciation « circonstanciée »

589. Article 4, § 1. de la directive. – La directive invite les juges à procéder à une appréciation « circonstanciée » de la situation pour qualifier une clause abusive, tout en effectuant un exposé des critères retenus par la directive pour définir le caractère abusive de la clause. Le premier paragraphe de l'article 4 fixe les contours: « Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend » (la notion de « circonstances » ayant encore été reprise par notre droit¹³¹⁷). Le juge doit donc, en vertu de ces textes, porter un regard général sur la clause de manière à la prendre en compte dans sa globalité, à la fois par rapport au contrat dans son ensemble et par rapport à la relation contractuelle liant le consommateur au professionnel.

¹³¹⁶ Point n° 40 de l'arrêt ; confirmé plus tard au point n° 40 et dans la solution de l'arrêt *Banif Plus bank* : « Second point de la solution de la Cour de justice : « 2) Le juge national doit, afin de porter une appréciation sur le caractère éventuellement abusif de la clause contractuelle qui sert de base à la demande dont il est saisi, tenir compte de toutes les autres clauses du contrat ».

¹³¹⁷ Article L.132-1 § 5 du Code de la consommation : « [...] le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

2° Les critères déterminants de l’appréciation « circonstanciée »

590. L’article 3, paragraphe 1 (auquel renvoie directement les articles 2 et 4 de la directive) donne une réelle indication au juge : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » (la notion de « déséquilibre significatif » ayant été reprise en droit français¹³¹⁸). L’appréciation « circonstanciée » à laquelle les juges doivent se livrer est confrontée aux critères retenus à l’article 3 tenant au « déséquilibre significatif » (a) ainsi qu’aux « clauses standardisées » (b).

a) Le « déséquilibre significatif » de l’article 3

L’appréciation par la Cour de justice du critère du déséquilibre significatif sera distinguée entre la jurisprudence « pré- Pannon » et celle « post-Pannon ».

591. La jurisprudence « pré-Pannon ». – En 2009, l’arrêt « Pannon » confirme sa jurisprudence antérieure et notamment celle relative aux arrêts « Océano », « Cofidis » et « Freiburger » auxquels il fait référence¹³¹⁹.

592. L’arrêt « Cofidis »¹³²⁰. – Comme l’arrêt « Océano Grupo » avant elle¹³²¹, la Cour ne fait que rappeler les dispositions de la directive au sein des points 23 et 24 de l’arrêt : « Pour entrer dans le champ d'application de la directive, lesdites clauses doivent toutefois répondre aux critères définis à l'article 3, paragraphe 1, de la directive, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas avoir fait l'objet d'une négociation individuelle et doivent, en dépit de l'exigence de bonne foi, créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » ; « [...] les clauses que la juridiction de renvoi considère comme abusives satisfont aux critères définis aux articles 1er, paragraphe 2, 3, paragraphe 1, et 4, paragraphe 2, de la directive ». Le juge rappelle qu’il doit se référer à la

¹³¹⁸ Article L.132-1 §1 du Code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

¹³¹⁹ Points n^{os} 37, 38, 40 et 42 de l’arrêt *Pannon*.

¹³²⁰ CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*, précité.

¹³²¹ CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo*, précité, point n° 24.

directive de 1993 relative aux clauses abusives pour trancher un litige portant sur une clause abusive.

593. L'arrêt « Freiburger » et le critère de « l'abus ». – Le 1^{er} avril 2004¹³²², à l'occasion de l'arrêt « Freiburger », la Cour considère à propos du droit allemand, que la clause litigieuse crée effectivement un désavantage au détriment du consommateur. En l'espèce, elle s'interdit d'analyser le critère du déséquilibre significatif au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la directive car c'est, selon elle, une analyse qui appartient au juge national. En effet, cet article fait mention des critères de « bonne foi » et de « déséquilibre significatif » de manière « abstraite »¹³²³.

594. Toujours est-il que la Cour attend du juge national qu'il fasse une « appréciation circonstanciée » de la clause pour savoir si elle doit être qualifiée d'abusive. Ainsi, l'arrêt précise que l'article 4 de la directive doit être interprétée en ce que le juge national doit apprécier la qualité d'une clause en prenant en considération « la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, et à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion ». Il faut aussi étudier les conséquences que la clause litigieuse peut avoir sur le droit applicable au contrat, impliquant un examen du système juridique national dans son ensemble.

595. La jurisprudence « post-Pannon ». – Les arrêts « Mohamed Aziz » et « Ignacio » ont apporté des précisions quant au critère du « déséquilibre significatif ».

¹³²² CJCE, 1^{er} avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c/ Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, précité.

¹³²³ La Cour l'avait déjà fait remarqué dans un arrêt du 7 mai 2002 dans lequel il avait été rappelé que l'annexe de l'article 3, paragraphe 3, de la directive n'est qu'indicative (une clause y figurant n'est pas forcément abusive et à l'inverse, une clause qui n'y figure pas peut être abusive) : CJCE, 7 mai 2002, aff. C-478/99, *Commission des Communautés Européennes contre Suède*, précité : « La directive comporte une annexe, intitulée « Clauses visées à l'article 3 paragraphe 3 », qui énumère dix-sept types de clauses contractuelles. Le dix-septième considérant de la directive précise à cet égard que, « pour les besoins de la présente directive, la liste des clauses figurant en annexe ne saurait avoir qu'un caractère indicatif et que, en conséquence du caractère minimal, elle peut faire l'objet d'ajouts ou de formulations plus limitatives notamment en ce qui concerne la portée de ces clauses, par les États membres dans le cadre de leur législation ». La solution est confirmée à l'occasion d'une question préjudicielle posée par un juge allemand en 2013 CJUE, 14 mars 2013, aff. C- 415/11, *Mohamed Aziz Contre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, point 2 de l'arrêt : « L'article 3, paragraphe 3, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que l'annexe à laquelle renvoie cette disposition ne contient qu'une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives ».

596. L'arrêt « **Mohamed Aziz** ». – Dans un arrêt du 14 mars 2013¹³²⁴, la Cour de justice reproche au Royaume d'Espagne de n'avoir pas aménagé le déroulement de la procédure de saisie hypothécaire conformément aux objectifs de la directive de protection contre les clauses abusives (principe d'effectivité). En effet il apparaît que le gouvernement n'a pas prévu de dispositions permettant de contester cette saisie au motif de la présence d'une clause abusive au sein du titre exécutoire ouvrant droit à celle-ci ; il n'aurait pas non plus prévu de dispositions permettant de suspendre une procédure de saisie hypothécaire pour vérifier le caractère abusif ou non d'une clause contractuelle au sein du titre exécutoire¹³²⁵.

En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de prêt souscrit par un consommateur auprès d'un professionnel du crédit, et dans lequel une clause prévoyait que tout manquement du consommateur dans le remboursement se traduirait par l'exigibilité de la totalité du prêt accordé ainsi que d'une saisie hypothécaire. La Cour conclut que la procédure de cette saisie n'est pas conforme aux exigences de la directive de 1993 car la réglementation espagnole, qui l'organise, n'assure pas au consommateur la possibilité de contester la saisie en cas de clause abusive présente au sein du titre exécutoire qui en motive la réalisation¹³²⁶. Une telle législation paralyse l'office du juge pourtant compétent pour « apprécier le caractère abusif » de la clause et pour « prendre des mesures provisoires » qui permettraient à sa décision d'être efficace et d'avoir un sens (qu'en serait-il d'une décision dans laquelle le juge décide que le titre exécutoire contient une clause abusive, alors que la saisie a déjà été réalisée ?).

597. Dans sa solution, la Cour en profite pour définir les critères permettant de qualifier une clause d'abusives, précisant celui de « déséquilibre significatif ». Selon elle, ce critère doit être défini par les juges au regard d'une comparaison entre la situation contractuelle et

¹³²⁴ CJUE, 14 mars 2013, aff. C- 415/11, *Mohamed Aziz Contre Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, précité ; JCP E 6 juin 2013, n°23, 1331, note S. Moracchini-Zeidenberg.

¹³²⁵ C'est une procédure qui semble organisée, par le droit français, de manière conforme aux exigences de la Cour de justice : « Le formalisme important et la protection particulière accordée au débiteur dans le cadre de la saisie de son logement en droit français peuvent toutefois laisser entendre que notre droit passerait avec succès le test de l'effectivité. On suggérera néanmoins aux magistrats d'être attentifs aux clauses des contrats de consommation dont l'inexécution ouvre la voie à une saisie immobilière, et ce, dès le début de la procédure ! », H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, «Droit de la consommation mars 2013 - mars 2014», *D.* 2014, p. 1297.

¹³²⁶ Point n° 1 de la solution de la Cour : « La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui, tout en ne prévoyant pas dans le cadre d'une procédure de saisie hypothécaire des motifs d'opposition tirés du caractère abusif d'une clause contractuelle constituant le fondement du titre exécutoire, ne permet pas au juge saisi de la procédure au fond, compétent pour apprécier le caractère abusif d'une telle clause, d'adopter des mesures provisoires, dont, notamment, la suspension de ladite procédure d'exécution, lorsque l'octroi de ces mesures est nécessaire pour garantir la pleine efficacité de sa décision finale ».

juridique dans laquelle se trouve le consommateur au regard du droit national, ainsi que par une analyse de la bonne ou mauvaise foi du professionnel placé dans une situation normale de bonne foi¹³²⁷. Il ne s'agit pas simplement de comparer la situation contractuelle du consommateur au regard de celle du professionnel, il s'agit de savoir quelle aurait été la situation du consommateur si la clause n'avait pas été prévue dans le contrat. Ce faisant, la Cour demande aux juges de se pencher sur les dispositions légales qui s'y seraient substituées à défaut de clause contractuelle, et de : « [...] tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. C'est à travers une telle analyse comparative que le juge national pourra évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur »¹³²⁸. Si les dispositions légales supplétives permettent une meilleure protection du consommateur que celle prévue par le professionnel, la clause est abusive. Il s'agit pour le juge de se pencher sur « toutes les circonstances », légales et contractuelles, qui entourent la conclusion du contrat.

598. L'arrêt « Ignacio ». – Récemment, un arrêt de la Cour du 16 janvier 2014¹³²⁹ apporte des précisions supplémentaires. Lors d'un litige né de la vente d'un immeuble, le consommateur invoque le caractère abusif d'une clause insérée au contrat « [...] dans la mesure où elle n'avait pas fait l'objet d'une négociation et où elle entraînait un déséquilibre

¹³²⁷ Points n° 68 et 69 de l'arrêt, et n°2 de la solution de la Cour : « L'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que :

- la notion de « déséquilibre significatif » au détriment du consommateur doit être appréciée à travers une analyse des règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties, afin d'évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur. De même, il apparaît pertinent, à ces fins, de procéder à un examen de la situation juridique dans laquelle se trouve ledit consommateur au vu des moyens dont il dispose, selon la réglementation nationale, pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives;
- afin de savoir si le déséquilibre est créé « en dépit de l'exigence de bonne foi », il importe de vérifier si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte la clause concernée à la suite d'une négociation individuelle ».

¹³²⁸ Point n° 68 de l'arrêt *Mohamed Aziz*.

¹³²⁹ CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-226/12, *Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez* : « L'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens que :

- l'existence d'un « déséquilibre significatif » ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales;
- il incombe à la juridiction de renvoi, afin d'apprécier l'existence éventuelle d'un déséquilibre significatif, de tenir compte de la nature du bien ou du service qui fait l'objet du contrat, en se référant à toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion de ce contrat, de même qu'à toutes les autres clauses de celui-ci ».

significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹³³⁰. La clause imposait au consommateur le paiement d'un impôt sur la plus-value dont la légalité et le montant étaient critiqués par le consommateur¹³³¹. Or, le professionnel estimait que le caractère abusif n'était pas constitué dès lors que cette clause avait fait l'objet d'une négociation individuelle¹³³².

La Cour, saisie d'une question préjudicielle par le juge espagnol, décide que « [...] l'existence d'un "déséquilibre significatif" ne requiert pas nécessairement que les coûts mis à la charge du consommateur par une clause contractuelle aient à l'égard de celui-ci une incidence économique significative au regard du montant de l'opération en cause, mais peut résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales » ; en d'autres termes, il faut comprendre que « [...] l'existence d'un déséquilibre significatif ne se traduit pas nécessairement par un coût économique, mais qu'il peut résulter d'une entrave du consommateur à l'exercice de ses droits ce que la doctrine française avait largement anticipé »¹³³³.

Conformément à l'article 3 § 1 de la directive, l'arrêt « Pannon » poursuit par le critère de la « négociation individuelle »¹³³⁴.

¹³³⁰ Point n°11 de l'arrêt *Ignacio*.

¹³³¹ Point n° 15 de l'arrêt *Ignacio*.

¹³³² Point n° 14 de l'arrêt *Ignacio*.

¹³³³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives », *Rép. Civ.*, juin 2014, *précité*.

¹³³⁴ L'application de ce critère implique aussi son interprétation par les juges français : une clause est abusive si elle oblige une restitution d'un bien loué dans des délais très brefs dès la résiliation du contrat de location par le consommateur, tout en ne lui permettant pas de présenter un acquéreur (Cass, 1^{re} civ. 10 avril 2013, n° 12-18.169, Bull. civ. 2013, I, n° 75) ; une telle clause empêche le consommateur de se prévaloir et de profiter d'un droit. Le juge français interprète aussi le critère du « déséquilibre significatif » à l'occasion de l'ambiguïté d'une clause et retient son caractère abusif lorsqu'elle a pu laisser croire au consommateur qu'il était tenu d'une obligation contractuelle (Cass, 1^{re} civ. 20 mars 2013, n° 12-14.432, Bull. civ. 2013, I, n° 53 D. 2013. 832)

b) Les « clauses standardisées » de l'article 3

« Ce faisant, le juge national doit tenir compte du fait qu'une clause contenue dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, peut être considérée comme abusive »¹³³⁵.

599. L'absence de négociation individuelle renvoie aux « clauses standardisées »¹³³⁶ qui présentent un danger pour la protection des consommateurs.

600. La « **présomption de caractère abusif** ». – Toujours en se référant à l'arrêt « Océano », l'arrêt « Pannon » reprend les termes de la directive pour faire peser un doute sur les clauses issues des contrats d'adhésion, c'est-à-dire sur celles pré-rédigées, comme celles qui apparaissent dans les conditions générales de vente par exemple, et qui sont présumées abusives. A la différence de l'arrêt « Océano », cet arrêt semble apporter plus de précisions quant à la portée du relevé d'office du juge national : la Cour de justice a réellement affaire à une question relative au relevé d'office à caractère général.

601. En effet, dans l'arrêt du 27 juin 2000 il s'agissait d'une clause attributive de juridiction préalablement rédigée par un professionnel et qui répondait donc à toutes les conditions (avantage exclusif du professionnel, etc.) pour être qualifiée d'abusive. De plus, cette clause remettait en cause l'effectivité de la directive. Il n'était donc pas utile d'effectuer une appréciation circonstanciée. La Cour explique enfin que lorsqu'une clause litigieuse est soumise au juge, il est de sa compétence de l'interpréter au regard des critères généraux dont il a déjà été question ; mais à l'inverse, l'application de ces critères à une clause particulière « doit être examinée en fonction des circonstances propres au cas d'espèce », examen qui revient au juge national.

602. Ainsi, la solution selon laquelle « il appartient au juge national de déterminer si une clause contractuelle telle que celle qui fait l'objet du litige au principal réunit les critères requis pour être qualifiée d'abusive au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 [...] » paraît donc plus à même de répondre aux juges nationaux et de lever toute ambiguïté future.

¹³³⁵ Extrait de la troisième partie de la solution de l'arrêt *Pannon*.

¹³³⁶ Cette expression est tirée du troisième alinéa de l'article 3 § 2 : « Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe ».

603. Arrêt « Vertrieb ». – La Cour de justice, à nouveau saisie d’une question préjudicielle (allemande) tenant à l’interprétation de la directive de 1993, précise les éléments nécessaires à la reconnaissance du caractère abusif ou non d’une clause. L’affaire en question, qui opposait une entreprise de distribution de gaz à des consommateurs, portait sur des clauses standardisées insérées au sein de conditions générales prévoyant une variation de prix dont le motif n’avait pas été porté à la connaissance des consommateurs ayant souscrit à ces dernières.

La Cour décidera d’abord, le 21 mars 2013¹³³⁷, que les clauses des conditions générales entrent bien dans le champ d’application de la directive¹³³⁸, d’autant plus que ces « clauses standardisées » se basent sur une réglementation nationale relative à « une autre catégorie de contrat »¹³³⁹. La Cour en profite d’ailleurs pour confronter ces clauses dites « standardisées » à la situation de faiblesse du consommateur, au sein des points 41 et 42 de l’arrêt¹³⁴⁰.

La Cour rappelle ensuite les dispositions prévues par la directive permettant de retenir le caractère abusif d’une clause. Elle invite le juge allemand à se demander : « [...] si le contrat expose de manière transparente le motif et le mode de variation desdits frais, de sorte que le consommateur puisse prévoir, sur la base de critères clairs et compréhensibles, les modifications éventuelles de ces frais ». La Cour rejette ainsi les arguments tenant « [...] au fait que les consommateurs seront, en cours d’exécution du contrat, informés de la modification des frais avec un préavis raisonnable et de leur droit de résilier le contrat s’ils ne souhaitent pas accepter cette modification [...] », qui ne suffisent pas à régulariser la clause litigieuse. Le juge doit au contraire vérifier si « [...] la faculté de résiliation conférée au consommateur peut, dans les conditions concrètes, être réellement exercée ».

¹³³⁷ CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, précité ; *Revue Europe* mai 2013, n° 5, comm. 227, note M. MEISTER.

¹³³⁸ Elle donne alors une précision quant aux dispositions « législatives ou réglementaires impératives » prévues en son article 1 § 2.

¹³³⁹ Solution de l’arrêt *Vertrieb* : « L’article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens que cette directive s’applique aux clauses des conditions générales intégrées dans des contrats, conclus entre un professionnel et un consommateur, qui reprennent une règle du droit national applicable à une autre catégorie de contrat et qui ne sont pas soumis à la réglementation nationale en cause ».

¹³⁴⁰ Point n° 41 de l’arrêt : « [...] il convient, tout d’abord, de rappeler que le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l’idée que le consommateur se trouve dans une situation d’infériorité à l’égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d’information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci [...]. » ; Point n° 42 : « Eu égard à une telle situation d’infériorité, la directive 93/13 énonce, d’une part, à son article 3, paragraphe 1, l’interdiction de clauses standardisées qui, en dépit de l’exigence de bonne foi, créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat ».

Conformément à une réponse déjà apportée au juge allemand en 2004¹³⁴¹, la Cour conclut sur une interprétation du premier paragraphe de l'article 4 de la directive¹³⁴² tenant à la prise en compte des circonstances de la conclusion du contrat ainsi qu'à l'ensemble de ses clauses : « Il appartient à la juridiction de renvoi d'effectuer ladite appréciation en fonction de toutes les circonstances propres au cas d'espèce, y compris l'ensemble des clauses figurant dans les conditions générales des contrats de consommation dont la clause litigieuse fait partie ». Cette précision, qui n'était pourtant pas vraiment utile, témoigne d'une jurisprudence constante sur ce point.

604. « L'effet utile » de la directive. – Si l'on s'en réfère à la jurisprudence de la Cour de justice précédemment évoquée et selon laquelle il est encore attendu des Etats-membres qu'ils fassent une application conforme au résultat fixé par la directive et non pas seulement qu'ils effectuent correctement sa transposition, on s'aperçoit qu'il pourrait s'agir de la même exigence. Dans l'arrêt « Cofidis », il n'est à aucun moment question d'une absence ou d'une mauvaise transposition de la directive. Le droit de la consommation en vigueur n'est pas remis en cause. Cependant, cela ne suffit pas pour appliquer correctement le droit de l'Union ; encore faut-il qu'à l'occasion d'un litige mettant en jeu la directive celle-ci soit « administrée » par le juge suivant le résultat visé par cette dernière lorsqu'elle a été édictée.

Comme un musicien à qui on aurait confié une partition, il ne suffit pas que les notes soient posées sur le papier, encore faut-il que celui-ci frappe ces dernières conformément à la mélodie imaginée par son compositeur.

B. Le « mode d'emploi » réglementaire de détermination des clauses abusives

605. Faut-il regretter que le législateur ait à nouveau soumis la détermination du caractère abusif des clauses par le biais du pouvoir réglementaire ? Il n'est pas prévu que le juge soit le simple « instrument » de la loi : il doit, en vertu de la primauté du droit de l'Union, respecter la direction prise par la Cour de justice. Si cette dernière impose aux juges de vérifier la régularité de la clause litigieuse au regard de la directive, le juge reprend la « main ».

¹³⁴¹ CJCE, 1^{er} avril 2004, aff. C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c/ Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, précité.

¹³⁴² Article 4 § 1 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 : « Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend ».

Le juge interne devra vérifier que la clause litigieuse n'appartient pas à l'une des deux listes prévues par le décret de 2009 ; si ce n'est pas le cas, il devra faire preuve d'une appréciation circonstanciée de la clause pour déterminer si elle peut être considérée comme abusive au regard de la directive de 1993. Le décret se décompose suivant deux modalités de détermination de la clause abusive : il comprend la « conviction » de la liste noire (1), et la « présomption » de la liste grise (2).

1° La « conviction » de la liste noire

606. Douze clauses « noires ». – Plus nombreuses que dans la liste grise, les douze clauses noires sont considérées comme les plus dangereuses par rapport à l'équilibre du contrat et doivent donc être frappées d'une présomption irréfragable. Toute autre clause qui ne serait pas visée par le décret de 2009 n'échapperait pas nécessairement au régime des clauses abusives puisque l'article L.132-1, alinéa premier du Code de la consommation prévoit aussi les cas où la clause n'est pas prévue par décret mais « [crée] au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations [...] ». Dans ce cas-là, il appartient au consommateur de prouver que la clause litigieuse crée un « déséquilibre significatif » à son détriment¹³⁴³.

Plus largement, ces clauses noires sont interdites par décret ; si elles apparaissent dans un contrat, soumis au juge, le professionnel est dans l'obligation de les supprimer de ses contrats pour l'avenir. Par exemple, les clauses noires peuvent être des clauses limitatives de responsabilité qui prévoient que la responsabilité du professionnel ne peut être engagée en cas de manquement à ses obligations ; une clause qui voit son champ d'application étendu à tous les contrats. La clause prévoyant que la résiliation du contrat sera assortie du versement d'une indemnité est aussi une clause devenue « noire ».

¹³⁴³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Le décret d'application de la loi LME sur les clauses abusives en droit de la consommation a été adopté », *l'Essentiel du Droit des contrats*, 1^{er} avril 2009, n° 4, p. 1.

2° La « présomption » de la liste grise

607. Dix clauses « grises ». – Cette nouvelle liste de dix clauses dont il est fait mention à l’article L.132-1 alinéa deux du même Code, est qualifiée de « grise » car elle comporte des clauses seulement présumées abusives (une présomption simple). Si elle n’est pas si différente de la précédente liste qui énumérait des clauses « pouvant être regardées comme abusives », et dont elle reprend certaines clauses, elle s’en distingue en ce qu’il est prévu que c’est au professionnel de prouver que ces clauses ne sont pas abusives, ce qui lui donne alors un champ d’application plus large.

II. Le principe « *da mihi factum* » revisité

« [...] dès qu’il dispose des éléments
de droit et de fait nécessaires à cet effet »¹³⁴⁴.

L’arrêt « Pannon » rappelle clairement le principe reconnu en droit interne et qu’illustre l’adage « *da mihi factum* ». Il conditionne l’obligation du relevé d’office à la production par les parties des éléments de fait et de droit (A). Pourtant, il va nuancer ce principe par l’accomplissement de mesures d’instruction (B) dont il va proposer une nouvelle approche qui nuance le principe « *da mihi factum* » en droit européen.

A. La production des éléments de fait et de droit

L’exigence est effectivement imposée en droit interne¹³⁴⁵. Que le relevé d’office soit consacré dans le sens d’une faculté (droit interne) ou d’une obligation (droit européen) ni l’un ni l’autre n’échappent aux principes dispositifs/directeurs. Le principe clairement rappelé par l’arrêt « Pannon » (1) ne renouvelle pas le droit interne. La portée de l’arrêt (2) ne bouleverse pas les principes qui y sont déjà établis.

¹³⁴⁴ Extrait de la seconde partie de la solution de l’arrêt *Pannon* : « Le juge national est tenu d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle dès qu’il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu’il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l’applique pas, sauf si le consommateur s’y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale ».

¹³⁴⁵ Cf. note 528 s.

1° L’arrêt « Pannon »

608. Le mécanisme de l’allégation des faits. – La Cour de justice, à l’inverse de la jurisprudence française, impose ici au juge de relever d’office une clause qui serait éventuellement abusive. Cette obligation lui serait imposée « dès lors qu’il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet » mais aussi « lorsqu’il s’interroge sur sa propre compétence territoriale ».

Cette exigence de production des éléments de faits et de droit renvoie à un arrêt de la Cour de justice qui s’attache au respect de l’objet du litige par le juge.

609. L’immutabilité de l’objet du litige. – L’arrêt « Eva Martin » du 17 décembre 2009¹³⁴⁶ déclare que « le droit communautaire ne requiert pas, en principe, des juridictions nationales qu’elles soulèvent d’office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l’examen de ce moyen les obligerait à sortir des limites du litige tel qu’il a été circonscrit par les parties, en se fondant sur d’autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l’application desdites dispositions a fondé sa demande »¹³⁴⁷.

Le principe dispositif ne doit pas être méconnu par la consécration du relevé d’office du juge dans les droits internes, sauf si l’intérêt est suffisamment valable. L’effectivité de la protection des consommateurs justifie que soit portée atteinte à l’autonomie procédurale des Etats-membres en ce sens : « Cette limitation du pouvoir du juge national se justifie par le principe selon lequel l’initiative d’un procès appartient aux parties et que, en conséquence, le juge ne saurait agir d’office que dans des cas exceptionnels où l’intérêt public exige son intervention »¹³⁴⁸.

Ce rappel du principe de l’immutabilité de l’objet du litige et du mécanisme de l’allégation des faits par les parties n’est pas inconnu de notre droit.

¹³⁴⁶ CJUE, 17 décembre 2009, aff. C-227/08, *Eva Martin*.

¹³⁴⁷ Point n° 19 de l’arrêt *Eva Martin* ; la Cour renvoie aux arrêts suivants : arrêts du 14 décembre 1995, C-430/93, *van Schijndel et van Veen*, point 22, ainsi que du 7 juin 2007, C-222/05 à C-225/05, *van der Weerd e.a.*, point 36.

¹³⁴⁸ Point n° 20 de l’arrêt *Eva Martin*.

2° La portée de l'arrêt « Pannon » en droit interne

La jurisprudence Pannon oblige le juge à relever d'office le caractère abusif d'une clause sous la condition de l'apport des éléments de fait et de droit par les parties ; elle impose cette condition au juge français¹³⁴⁹. L'obligation reconnue aux dispositions issues de la directive relative aux clauses abusives, qui s'impose au juge français est assortie d'une condition tirée du principe dispositif ; cela ne modifie pas la position du juge français qui reconnaissait déjà cette condition¹³⁵⁰. Sur ce point, l'arrêt de la Cour de cassation, dit « Médiatis »¹³⁵¹ revient à nos mémoires : « Mais attendu que si les juges du fond sont tenus de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la forclusion édictée par l'article L. 311-37 du code de la consommation c'est à la condition que celle-ci résulte des faits litigieux [...] ». La ressemblance est frappante et la compatibilité de la jurisprudence interne avec celle de l'Union européenne est possible¹³⁵².

Le juge européen va plus loin en n'exigeant pas seulement que le juge ne relève d'office le moyen que s'il dispose des éléments nécessaires, mais aussi qu'il fasse les recherches qui s'imposent pour vérifier si ces éléments sont effectivement présents pour mériter le relevé d'office du moyen en question.

B. L'exception des mesures d'instruction

610. Alors que l'arrêt « Pannon » ne mentionne que le principe que nous connaissons sous l'adage « *da mihi factum* », la Cour de justice va plus loin par le jeu des mesures d'instructions. L'arrêt « Lizing contre Schneider » (1) suscite cette évolution dont la portée en droit interne (2) doit être mesurée.

¹³⁴⁹ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité* : « Ainsi, pour ce qui concerne le relevé d'office des moyens issus du droit communautaire, le juge français est-il dans une situation comparable à celle qui est la sienne pour le relevé d'office de la forclusion [...] ».

¹³⁵⁰ Cf. note 528 s.

¹³⁵¹ Cass, 1^{re} civ. 14 mai 2009, n° 08-12.836, *Bull. civ.* 2009 I, n° 94, *précité*.

¹³⁵² Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité* : « [...] la solution retenue par la Cour de justice est compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation dans la mesure où l'office du juge est subordonné à la détention des éléments de fait et de droit nécessaires à cet effet » ; les auteurs constatent que si l'obligation du relevé d'office du juge est reconnue au sein de la jurisprudence européenne contrairement au droit interne, les conditions dans lesquelles il s'exerce sont identiques : le respect du principe dispositif (soit, l'allégation des faits par les parties). L'obligation dégagée par l'arrêt *Pannon* n'est pas tellement éloignée du droit interne qui reconnaît le relevé d'office du juge à l'égard des moyens d'ordre public tiré de la procédure. Or, l'obligation est elle aussi conditionnée.

1^o Arrêt « Lizing contre Schneider »

611. Le 9 novembre 2010¹³⁵³ la Cour s’inscrit à nouveau et sans surprise dans une volonté de voir une obligation à la charge du juge dans l’exercice de son office. En l’espèce, le consommateur (emprunteur) avait souscrit un prêt dont il avait cessé de rembourser les échéances. Le professionnel (prêteur) avait donc résilié le contrat et engagé une procédure en remboursement assortie des intérêts. La Cour de justice s’est basée sur l’arrêt « Pannon » pour répondre aux questions préjudicielles qui lui étaient posées ; elle avait d’abord attendu que la solution de cet arrêt soit rendue pour se prononcer¹³⁵⁴. En effet, la juridiction hongroise a posé trois questions préjudicielles à la Cour mais l’affaire avait été mise en attente de la décision « Pannon » ; les litiges hongrois, qui portaient sur une clause attributive de compétence, étaient comparables.

612. La question préjudicielle. – La consécration du relevé d’office du juge à l’égard des clauses abusives était établie¹³⁵⁵, le juge hongrois en profite pour formuler trois autres questions préjudicielles. L’intérêt de l’arrêt se situe dans la réponse à la troisième question : « si le juge national, alors que les parties au litige n’ont formulé aucune demande à cet effet, remarque lui-même le caractère éventuellement abusif d’une clause contractuelle, peut-il procéder à une instruction d’office en vue de l’établissement des éléments de fait et de droit nécessaires à cette appréciation dans le cas où le droit procédural national n’autorise celle-ci que si les parties le demandent ? ». La précision de l’arrêt « Pannon », selon laquelle « [...] il n’est pas nécessaire [...] que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause »¹³⁵⁶ n’était pas suffisamment claire pour le juge hongrois¹³⁵⁷. Si on comprend que le relevé d’office du juge est soumis à une obligation, il n’est pas clairement dit si le juge est aussi contraint de relever d’office les « éléments de droit et de fait nécessaires » pour relever le caractère abusif de la clause litigieuse. Le terme « dès que » laisse planer un doute que le

¹³⁵³ CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. contre Ferenc Schneider*, précité.

¹³⁵⁴ Point n° 21 de la solution : « Par décision du président de la Cour du 13 février 2009, le traitement de l’affaire a été suspendu dans l’attente du prononcé de l’arrêt du 4 juin 2009, *Pannon GSM* (C-243/08, Rec. p. I-4713) ».

¹³⁵⁵ Extrait du second point de la solution *Pannon* : « Le juge national est tenu d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle dès qu’il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ».

¹³⁵⁶ Extrait du premier point de la solution.

¹³⁵⁷ Point n° 24 de l’arrêt *Lizing* : « Or, de l’avis de la juridiction de renvoi, les indications données par la Cour dans les points pertinents de l’arrêt *Pannon GSM*, précité, ne permettraient pas de trancher la question de savoir si le juge national ne peut examiner d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle que lorsqu’il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ou si, au contraire, l’examen d’office de ce caractère abusif implique également que, dans le cadre de celui-ci, le juge national est tenu d’établir d’office les éléments de fait et de droit nécessaires audit examen ».

juge hongrois dénonce à l'occasion de la question préjudicielle posée à la Cour le 2 juillet 2009.

613. La réponse de la Cour. – Le 9 novembre 2009, la Cour de justice répond partiellement aux questions posées ; elle lève le voile de manière prévisible : « Le juge national doit prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir si une clause [...] entre dans le champ d'application de la directive 93/13 et, dans l'affirmative, apprécier d'office le caractère éventuellement abusif d'une telle clause ». En faisant jouer de manière successive l'office du juge à l'égard des mesures d'instructions puis du caractère abusif de la clause, le doute n'est plus possible. La Cour impose le relevé d'office : elle l'étend aux mesures d'instructions si les éléments de fait et de droit ne sont pas suffisants. Le juge va devoir relever d'office les faits qui lui permettront de constituer le moyen de droit. De ce fait, elle s'émancipe de l'« [...] interprétation neutralisante de la jurisprudence Pannon au nom de l'autonomie procédurale des États et du caractère proportionné de la charge devant peser sur le juge national »¹³⁵⁸.

Y avait-il réellement place à une hésitation ? Quand on connaît la position constante de la Cour de justice sur l'office du juge en droit de la consommation, il aurait été curieux que la Cour réponde par la négative, exigeant des parties qu'elles apportent les éléments de droit et de fait nécessaires à qualifier une clause d'abusives sans pour autant invoquer ce moyen pour se défendre, en espérant que le juge le fera à leur place. Cette réponse n'aurait d'ailleurs pas permis un « effet utile » de la directive de 1993 assurant la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

2° La portée de l'arrêt en droit interne

Les vœux de D. FENOUILLET sont (partiellement) exaucés : les « barrières procédurales » se lèvent devant la Cour de justice¹³⁵⁹. Le juge doit chercher, par les mesures d'instructions, si le caractère abusif de la clause litigieuse peut être relevé d'office au regard de la directive de 1993 relative aux clauses abusives.

¹³⁵⁸ M. MEISTER, « Nouvelles précisions sur l'office « communautaire » du juge national en matière de clauses abusives », note sous CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *Lizing, Europe* janvier 2011, n° 1, comm. 28.

¹³⁵⁹ D. FENOUILLET, « Pouvoir du juge de soulever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », *Revue des contrats* 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078, *précité*.

614. L’arrêt « Lizing » remet en cause l’exigence de la production des éléments de fait et de droit qu’exprime l’adage « *da mihi factum* » en droit interne : si les parties n’ont pas satisfait à la production de ces éléments, le juge y supplée : « Mieux encore, aller au-delà, comme le souhaitait MOTULSKY en faisant toujours obligation au juge de relever d’office un moyen de droit au sens large [...] en laissant les plaideurs s’occuper des faits »¹³⁶⁰. A l’autonomie procédurale, aux principes directeurs qui gouvernent notre procédure civile, le principe de l’effectivité est préféré au nom de l’« infériorité »¹³⁶¹ du consommateur, de l’équilibre contractuel¹³⁶² et de la nécessité d’une intervention positive du juge¹³⁶³.

615. Nouvelle « scission » ? – La solution « Lizing », qui se veut générale, renvoie spécifiquement à l’application de la directive de 1993¹³⁶⁴ : « [...] la juridiction de renvoi cherche à déterminer les responsabilités qui lui incombent, en vertu des dispositions de la directive [...] »¹³⁶⁵. Si le juge n’est tenu de relever d’office un moyen de droit qu’à la condition que les parties aient produit les éléments de fait et droit nécessaires à cet effet, le juge est tenu de procéder d’office à la recherche de ces faits lorsque le moyen de droit est d’origine européen. En ce sens, les souhaits de D. FENOUILLET sont « partiellement » exaucés et l’esprit de MOTULSKY « partiellement » remis en cause.

On peut donc considérer, au regard de l’application des dispositions consuméristes issues du droit de l’Union, que le juge a toujours l’obligation de relever le caractère abusif d’une clause puisqu’il ne connaît plus la limite liée à l’insuffisance des éléments de fait et de droit.

¹³⁶⁰ C. BLÉRY, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permises - Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », *Revue Procédures*, novembre 2012, n° 11, étude 6, précité.

¹³⁶¹ Point n° 47 de l’arrêt *Lizing* : « La Cour a également jugé que, eu égard à une telle situation d’infériorité, l’article 6, paragraphe 1, de ladite directive prévoit que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs. Ainsi qu’il ressort de la jurisprudence, il s’agit d’une disposition impérative qui tend à substituer à l’équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des contractants un équilibre réel de nature à rétablir l’égalité entre ces derniers (voir arrêts précités *Mostaza Claro*, point 36, et *Asturcom Telecomunicaciones*, point 30) ».

¹³⁶² *Ibid.*

¹³⁶³ Point n° 48 de l’arrêt *Lizing* : « Afin d’assurer la protection voulue par la directive, la Cour a souligné que la situation d’inégalité entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat (voir arrêts précités *Océano Grupo Editorial* et *Salvat Editores*, point 27, *Mostaza Claro*; point 26, ainsi que *Asturcom Telecomunicaciones*, point 31) ».

¹³⁶⁴ Extrait du 3^e point de la solution *Lizing* : « [...] le champ d’application de la directive 93/13 [...] ».

¹³⁶⁵ Point n° 45 de l’arrêt : « Par cette question, qui est libellée dans des termes très généraux, la juridiction de renvoi cherche à déterminer les responsabilités qui lui incombent, en vertu des dispositions de la directive, à partir du moment où cette dernière s’interroge sur le caractère éventuellement abusif d’une clause contractuelle attributive de compétence juridictionnelle territoriale exclusive ».

Il faut donc légèrement modifier le bilan auparavant dressé pour définir l'office du juge¹³⁶⁶ comme suit :

- quant à la requalification des faits et actes : le juge est soumis à une obligation (article 12, alinéa 2 du CPC) ;
- quant au relevé d'office d'un moyen de droit consumériste d'origine européenne : le juge est soumis à une obligation (« Pannon »), sauf accord entre les parties (article 12, alinéa 3 du CPC), et uniquement dans certaines conditions qui vont être exposées.

En déroulant la solution de l'arrêt « Pannon » on parvient à définir de nouveaux principes et à rappeler les anciens. Le principe de l'obligation du relevé d'office est nouveau car il est reconnu à l'égard du caractère abusif des clauses contractuelles ; il l'est aussi en raison de la reconnaissance faite à l'égard de la demande de nullité de la clause qui résulte de son caractère abusif.

¹³⁶⁶ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris : PUF Thémis, 1^{re} éd. 2010, p. 770, *précité*.

SECTION 2

LES EFFETS DU RELEVÉ D’OFFICE

L’arrêt « Pannon » est innovant quant à l’intensité du relevé d’office du juge. Il l’est aussi quant aux effets de celui-ci en droit des clauses abusives : par sa solution, c’est la demande en nullité qui est « revisitée » (§1) tandis qu’elle invite à une sanction en nullité « méditée » (§2).

§ 1. La demande en nullité « revisitée »

L’office du juge s’exerce dans le respect de « l’office » des parties tel qu’il a été pensé par MOTULSKY : le droit au juge, le fait aux parties ; si ce principe impos(ait) au juge une détention d’éléments suffisants pour pouvoir relever d’office le moyen de droit, il implique aussi que les parties aient formulé des prétentions¹³⁶⁷ desquelles le juge ne pourra pas s’échapper par une décision *ultra* ou *infra petita*¹³⁶⁸. C’est une forme d’échappatoire que nous propose la Cour de justice par une conception « revisitée » des prétentions des parties. Elle prend le silence des parties pour prétention (I), sauf exception (II).

I. Le silence comme prétention

« [...] il n’est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause ».

Par le silence du consommateur devenu « prétention », la Cour de justice implique qu’une formulation de ces dernières est devenue inutile (A) et dépassée (B).

A. Une formulation des prétentions inutile

L’inutilité de la formulation des prétentions en droit européen de la consommation résulte à la fois d’une lecture des textes (1) et du souci d’« effectivité » (2) qui domine.

¹³⁶⁷ Article 4 du Code de procédure civile, *précité*.

¹³⁶⁸ Cf. note 110.

1° Par une lecture des textes

616. Les textes communautaires. – « [...] *une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur [...]* ». L'article 6, paragraphe 1 de la directive 93/13/CEE prévoit que les clauses abusives « ne lient pas » le consommateur (une formule qui se traduit, en droit interne par la sanction du « réputé non écrit »). A partir de cet élément, la Cour de justice considère que le juge n'est lui-même pas lié par la demande du consommateur. La directive implique que la demande est acquise par le caractère abusif de la clause. La lecture de la directive permet aux juges de se libérer des prétentions des parties afin de prononcer la nullité d'une clause qui n'est que la conséquence de son caractère abusif.

C'est surtout le décret de 2009 qui peut permettre un dépassement de la formulation de la demande en nullité de la clause abusive.

617. Les textes réglementaires. – « *Les clauses abusives sont réputées non écrites* »¹³⁶⁹. En droit interne l'« automatisme » de la nullité découle de la directive du 18 mars 2009. Le relevé d'office de la nullité de la clause dépend de la présence de cette dernière au sein de la liste « noire ». Lorsque la clause appartient à une telle liste elle est automatiquement nulle par application de l'article L.132-1 du Code de la consommation. Le juge ne peut pas méconnaître la nullité de la clause et ne pas la prononcer dès lors qu'il constate qu'elle fait partie de cette liste.

618. Deux moyens sont offerts au juge dans le prononcé de la nullité : l'emploi des termes de la directive ou l'application du décret de 2009. Le relevé d'office du caractère abusif de la clause s'accompagne donc de sa nullité, l'un et l'autre étant indissociables. La nullité qui s'attache à de telles clauses et qui se passe d'une demande du consommateur en ce sens assure une protection effective de ces derniers.

2° Par souci d'« effectivité »

619. Le droit communautaire, à l'image du droit interne et dans le respect de l'autonomie procédurale, n'imposait pas au juge de sortir de l'objet du litige. Le principe avait été, entre autre, posé par les arrêts « van Schijndel » et « van der Weerd » qui ouvrent des « cas

¹³⁶⁹ Article L.132-1, alinéa 6 du Code de la consommation.

exceptionnels » de dérogations à cette règle, fondés sur la notion d’ordre public¹³⁷⁰ ; « [...] la protection effective visée par la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs »¹³⁷¹ pourrait relever de ces cas exceptionnels.

Le juge doit relever d’office le caractère abusif de la clause quand le consommateur ne l’a pas invoqué ainsi que la sanction encourue par cette clause si elle n’a pas été demandée. Le droit national n’empêche pas le prononcé de la nullité de la clause lorsque le consommateur n’en a pas formulé la demande. La Cour reconnaît que le caractère abusif de la clause se dispense déjà de la formulation du consommateur en ce sens car le juge national peut relever d’office le caractère abusif d’une clause ; ne pas en faire de même avec la sanction de cette clause serait incompatible avec les exigences de la directive et avec l’effectivité du droit de la consommation. Il apparaît en effet que si le droit national prévoyait une telle règle il neutraliserait toute possibilité pour le juge de protéger le consommateur contre les clauses abusives. Le rééquilibrage du contrat passe par la suppression de cette clause ; le caractère abusif de la clause induit des effets conséquents.

L’utilité de la formulation des prétentions des parties est remise en cause à travers une lecture des textes applicables en droit des clauses abusives et une analyse du principe d’effectivité du droit de la consommation ; son dépassement doit être envisagé.

B. Une formulation des prétentions dépassée

La formulation des prétentions en droit de la consommation a vécu en droit européen (1). C’est un dépassement qui doit être également envisagé en droit interne (2).

1° Le dépassement exigé par le juge européen

La Cour de justice procède d’une interprétation de la demande des parties, que celles-ci soient silencieuses (a) ou non (b).

¹³⁷⁰ CJCE, 14 décembre 1995, aff. C-430/93 *van Schijndel et van Veen*, point n° 21 et 22 ; CJCE, 7 juin 2007, aff. C-222/05 à C 225/05, *van der Weerd e.a.*, précité, points n° 34 et 35.

¹³⁷¹ CJCE, 7 juin 2007, aff. C-222/05 à C 225/05, *van der Weerd e.a.*, précité, point n° 40.

a) L'interprétation du silence

620. « [...] *Il ne l'applique pas* [...] ». – L'arrêt « Pannon » livre deux précisions : la première est celle qui prévoit les effets attachés à la clause abusive et renvoie directement à l'article 6, § 1 de la directive : « [...] une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur, et qu'il n'est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause » (première partie de la solution). La seconde définit la mission du juge au regard d'une telle clause lorsqu'il est démontré qu'elle est effectivement abusive : « Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas [...] ». La seconde précision n'est que l'effet de la première : parce que le caractère abusif d'une clause ne lie pas le consommateur, elle est d'emblée nulle, ce que le juge n'a plus qu'à constater. La demande du consommateur en ce sens n'est pas utile ; elle suit le caractère abusif comme « l'accessoire au principal ».

Tout comme dans son arrêt « Mostaza Claro »¹³⁷² précédemment cité, le juge fait de l'article 6, paragraphe 1 de la directive de 1993 une disposition « impérative »¹³⁷³ créée pour rééquilibrer des contrats opposant des parties qui ne sont pas en elles-mêmes sur un pied d'égalité.

621. « *Qui peut le moins peut le plus* ». – Par une inversion du proverbe « qui peut le plus peut le moins », l'arrêt « Banif Plus Bank » de la Cour de justice du 21 février 2013¹³⁷⁴ fait encore sortir l'office du juge de son carcan, en l'affranchissant de la demande des parties. Il s'agissait en l'espèce d'un litige opposant un consommateur à un professionnel au sujet d'un contrat de crédit conclu entre eux et qui avait prévu à travers une clause du contrat, les conséquences pratiques d'un défaut de remboursement de la part du consommateur : l'emprunteur devait rembourser les intérêts moratoires, les frais et la totalité des échéances dues. Alors que la juridiction de première instance avait relevé le caractère abusif de cette

¹³⁷² CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, précité.

¹³⁷³ Point n° 25 de l'arrêt *Pannon* : « [...] l'importance de la protection des consommateurs a conduit le législateur communautaire à prévoir, à l'article 6, paragraphe 1, de la directive, que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel « ne lient pas les consommateurs ». Elle a souligné qu'il s'agit d'une disposition impérative qui, compte tenu de l'infériorité de l'une des parties au contrat, tend à substituer à l'équilibre formel que celui-ci établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers ».

¹³⁷⁴ CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba et Viktoria Csipai* ; JCP E 18 avril 2013, n° 16, p. 1226, note S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, précité ; *Gaz. Pal.*, chron., 11 juillet 2013 n° 192, p. 23, note S. PIEDELIÈVRE.

clause au regard du droit hongrois¹³⁷⁵, celle d’appel s’était tournée vers la Cour de justice afin de savoir si, dans le silence des parties, elle pouvait légitimement « [...] les informer qu’elle considère nulle¹³⁷⁶ la quatrième phrase de la clause [...] du contrat de prêt conclu entre les parties au litige ».

Sur cette première et principale question préjudicielle, la Cour décide : « Les articles 6, paragraphe 1, et 7, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doivent être interprétés en ce sens que le juge national qui a constaté d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle n’est pas tenu, afin de pouvoir tirer les conséquences de cette constatation, d’attendre que le consommateur, informé de ses droits, présente une déclaration demandant que ladite clause soit annulée [...] ». Le sort du contrat est donc entre les mains du juge, dès la découverte du caractère abusif de la clause, jusqu’à la suppression de cette dernière. En considération de la faiblesse du consommateur face au professionnel, la Cour permet aux juges de se substituer à lui dans la demande.

622. « N’est pas tenu ». – L’emploi de cette forme négative rappelle celle de l’arrêt « Pannon » : « n’est pas nécessaire ». Le dépassement de la demande est une obligation pour le juge que l’on comprend à travers l’expression de la Cour « [...] n’est pas tenu [...] d’attendre que le consommateur [...] présente une déclaration demandant que ladite clause soit annulée ». Dans cette solution, pas de « peut » ou de « doit » pour le juge dans le relevé d’office du caractère abusif d’une clause ; simplement une évidence : « [...] le juge national qui a constaté d’office le caractère abusif d’une clause [...] ». La question ne porte pas sur le relevé d’office du caractère abusif de la clause mais sur ses effets. Sur ce point, la solution confirme la solution « Pannon » de manière plus explicite. La Cour de justice considère que le juge n’est pas dans l’obligation d’attendre la demande du consommateur, *a contrario*, il doit

¹³⁷⁵ Article 209, paragraphe 1, du Code civil hongrois : « Est abusive une condition contractuelle générale ou une clause d’un contrat de consommation qui n’a pas fait l’objet d’une négociation individuelle dès lors que, en violation des obligations de bonne foi et de loyauté, elle fixe les droits et les obligations des parties découlant du contrat de manière unilatérale et non motivée au détriment de la partie contractante qui n’est pas l’auteur de la clause » ; article 2, sous j), du décret gouvernemental n° 18/1999, du 5 février 1999, relatif aux clauses à considérer comme abusives dans les contrats de consommation : « [...] est à considérer comme abusive, jusqu’à preuve du contraire, en particulier la clause qui [...] j) impose au consommateur de verser un montant excessif dans l’hypothèse où il n’a pas exécuté ses obligations ou qu’il ne les a pas exécutées conformément au contrat ».

¹³⁷⁶ L’article 209/A, § 2, du Code civil hongrois prévoit que les clauses abusives sont nulles.

agir sans cette demande, *a fortiori*, il doit donc relever d’office la demande de l’annulation de la clause dans le silence des parties¹³⁷⁷.

Si le juge est obligé de relever d’office le caractère abusif d’une clause, il est aussi tenu de prononcer sa nullité. Par ce dépassement de la demande, on assiste à une consécration réelle du relevé d’office du juge en droit de la consommation. A « l’époque Mostaza Claro », arrêt annonciateur de la consécration de l’obligation du relevé d’office du juge, aucun élément ne permettait d’imaginer que cette obligation du relevé d’office encore naissante serait ensuite étendue à la demande des parties. Ce dépassement de la demande est une innovation de l’arrêt « Pannon » à laquelle des conditions sont associées.

b) L’interprétation de la demande

La Cour de justice est parfois confrontée à des situations dans lesquelles le consommateur a formulé sa demande ; elle va se saisir de cette dernière pour lui donner son interprétation.

623. L’arrêt « Duarte Hueros ». – Dans cet arrêt¹³⁷⁸, la Cour confronte la question de l’office du juge à la directive du 25 mai 1999 relative à la garantie de conformité. Elle force sa jurisprudence en faveur du dépassement de la demande du consommateur jusqu’à permettre au juge de la modifier lorsqu’elle est (mal) formulée par le consommateur. Le juge ne se place pas sur le terrain du silence du consommateur mais sur celui de l’incohérence de la demande.

Le litige opposait un consommateur à un vendeur (professionnel) dans le cadre de l’achat d’un véhicule. Celui-ci présentait des défauts ; le consommateur, qui avait le choix entre la réparation ou le remplacement du véhicule en vertu de la directive de 1999 transposée au sein du droit interne applicable en l’espèce, en avait d’abord demandé la réparation. Suite à des difficultés, il demande le remplacement du véhicule, puis, à défaut, la résolution du contrat. Cette résolution ne lui avait pas été accordée car le défaut de conformité était mineur, et ne pouvait être sanctionné que par une réduction du prix, non par la résolution du contrat. Comme le droit processuel espagnol ne permettait pas au consommateur de présenter la demande en réduction du prix lors d’une nouvelle instance en raison de l’autorité de la chose

¹³⁷⁷ Un silence des parties qui permettait au juge national de procéder à la qualification du fondement juridique ; cf. note 145.

¹³⁷⁸ CJUE, 3 octobre 2013, aff. C-32/12, *Soledad Duarte Hueros contre Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*, C. AUBERT DE VINCELLES, « L’office du juge toujours renforcé : nouvelle illustration en matière de sanction dans la vente », *RDC*, 1^{er} mars 2014, n° 1, p. 93.

jugée, la difficulté pour le juge national était donc de savoir s’il avait le pouvoir de relever d’office cette demande à sa place : « Dans l’hypothèse où, à défaut d’avoir obtenu la mise en conformité d’un bien – parce que, malgré qu’il l’ait demandé à plusieurs reprises, la réparation n’a pas été effectuée – un consommateur demande uniquement en justice la résolution du contrat et que cette résolution n’est pas appropriée, parce que le défaut de conformité est mineur, la juridiction peut-elle accorder d’office au consommateur une réduction adéquate du prix? ».

624. La solution de l’arrêt. – Le 3 octobre 2013, la Cour décide que : « La directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, doit être interprétée en ce sens qu’elle s’oppose à la réglementation d’un État membre, telle que celle en cause au principal, qui, lorsqu’un consommateur ayant droit à une réduction adéquate du prix d’un bien fixé par le contrat de vente se borne à demander en justice uniquement la résolution de ce contrat, alors que celle-ci ne saurait être obtenue en raison du caractère mineur du défaut de conformité de ce bien, ne permet pas au juge national saisi d’accorder d’office une telle réduction, et ce quand bien même ledit consommateur n’est habilité ni à préciser sa demande initiale ni à introduire un nouveau recours à cet effet ».

La directive 1999/44 ne prévoyait pas spécifiquement une intervention du juge ; elle ne faisait qu’enjoindre aux Etats membres de permettre la protection du consommateur dans l’exercice de ses droits. Mais l’autonomie procédurale dont ils bénéficiaient était encadrée par les principes de prévalence et d’effectivité¹³⁷⁹. Or, le droit processuel espagnol présentait un défaut majeur et ne respectait pas le principe d’effectivité : le juge ne pouvait pas modifier la demande présentée par le consommateur ; ce dernier ne pouvait pas introduire un nouveau recours fondé sur les mêmes faits assortis d’une nouvelle demande¹³⁸⁰. Ainsi, en formulant une demande « erronée », le consommateur perdait la protection que lui aurait accordé l’application des dispositions issues de la directive de 1999 s’il avait formulé la « bonne » demande : soit, la réduction du prix et non la résolution du contrat. Le mécanisme processuel mis en place par le droit espagnol ne permettait pas à la directive de protéger le consommateur ; le principe d’effectivité était méconnu¹³⁸¹.

¹³⁷⁹ Point n° 31 de l’arrêt *Duarte Hueros*.

¹³⁸⁰ Points n° 35 et 36 de l’arrêt *Duarte Hueros*.

¹³⁸¹ Point n° 41 de l’arrêt *Duarte Hueros*.

En ouvrant au juge la faculté de pallier l’erreur de la demande du consommateur, la Cour rectifie la difficulté que pose la procédure nationale en cause.

La demande en nullité de la clause abusive au regard de la directive de 1993 peut être prononcée d’office par le juge ; il en est de même s’agissant de la sanction applicable au litige soumise à celle de 1999. Le relevé d’office du juge est confronté à une difficulté supplémentaire.

625. L’arrêt « Erika Joros ». – A l’occasion d’un recours introduit par un consommateur à l’encontre d’un professionnel en raison d’irrégularités au sein du contrat de prêt, la Cour de justice confirme le dépassement de la demande du consommateur admis au sein des précédents arrêts et apporte d’autres éléments de réponses.

En l’espèce, le consommateur avait invoqué « [...] l’invalidité partielle du contrat [...] »¹³⁸² en raison, entre autre, du caractère usuraire de ses dispositions. Le consommateur est débouté par le juge hongrois ; ce n’est qu’en appel qu’il invoque la nullité des clauses du contrat « [...] au motif que celles-ci seraient manifestement contraires aux bons usages en ce qu’elles donnent au créancier la faculté de modifier les clauses du contrat de manière unilatérale et qu’elles font supporter au débiteur les conséquences des modifications ultérieures introduites par le créancier, mais sur lesquelles le débiteur n’a aucune influence »¹³⁸³.

Le juge hongrois pose trois questions préjudicielles à la Cour de justice pour savoir si la nullité du contrat peut être examinée d’office, même si le juge saisi n’est normalement pas compétent pour le faire et notamment si le juge peut apprécier le caractère abusif d’une clause en appel alors que la question n’a pas été posée en première instance, ce que n’autorise pas, en principe, le droit interne (les faits nouveaux ne pouvant pas être soumis au juge en appel).

626. La solution de la Cour. – Les questions préjudicielles du juge national étaient riches et impliquaient une réponse détaillée de la part de la Cour de justice apportée le 30 mai 2013¹³⁸⁴.

¹³⁸² Point n° 19 de l’arrêt *Erika Joros*.

¹³⁸³ Point n° 21 de l’arrêt *Erika Joros*.

¹³⁸⁴ CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Erika Jörös contre Aegon Magyarország Hitel Zrt.* ; *Revue Europe* juillet 2013, n° 7, comm. 322, note A. BOUVERESSE.

Elle rappelle d’abord que le juge est investi d’une obligation d’apprécier d’office le caractère abusif des clauses, et qu’il doit prononcer la nullité de la clause si le caractère abusif est démontré : « [le juge] doit apprécier, d’office ou en requalifiant le fondement juridique de la demande, le caractère abusif desdites clauses au regard des critères de cette directive » (premier point de la solution) ; « [...] le juge national qui constate le caractère abusif d’une clause contractuelle est tenu, d’une part, sans attendre que le consommateur présente une demande à cet effet, de tirer toutes les conséquences qui découlent, selon le droit national, de cette constatation afin de s’assurer que ce consommateur n’est pas lié par cette clause [...] » (second point de la solution). Elle s’inscrit donc dans la ligne directrice tracée par l’arrêt « Pannon » et poursuivie par l’arrêt « Banif Plus Bank » dont elle fait référence¹³⁸⁵, tant au regard de l’obligation du relevé d’office du caractère abusif de la clause que de l’obligation du prononcé de la sanction qui y est attachée.

627. La modification du fondement juridique. – Elle va plus loin que dans ses précédentes solutions car elle considère que le principe d’effectivité et l’exigence de la protection des consommateurs impliquent que même un juge saisi en appel de la question nouvelle du caractère abusif de la clause est compétent pour y répondre¹³⁸⁶. Dans le même temps, elle admet que le juge peut modifier d’office le fondement juridique proposé par le consommateur¹³⁸⁷ : « [...] dès lors qu’une juridiction nationale, saisie en appel d’un litige portant sur la validité de clauses incluses dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur sur la base d’un formulaire préédigé par ledit professionnel, a le pouvoir, selon ses règles de procédure internes, d’examiner toute cause de nullité ressortant clairement des éléments présentés en première instance et, le cas échéant, de requalifier, en fonction des faits établis, le fondement juridique invoqué pour établir l’invalidité de ces clauses, elle doit apprécier, d’office ou en requalifiant le fondement juridique de la demande, le caractère abusif desdites clauses au regard des critères de cette directive ». En invoquant « l’invalidité » du contrat en première instance puis « la nullité » des clauses sans invoquer le caractère abusif des dispositions du contrat, le consommateur n’a pas formulé sa demande de sorte que le juge peut faire une application des dispositions relatives aux clauses abusives protectrices à son égard.

¹³⁸⁵ Points nos 25, 26, 27, 28, 41 et 42 de l’arrêt *Erika Jorós*.

¹³⁸⁶ Une exigence européenne que le droit interne connaît déjà depuis 2008, puisque les termes généraux du nouvel article L.141-4 du Code de la consommation renvoient à l’ensemble des juges et donc aussi ceux saisis en appel.

¹³⁸⁷ Le droit hongrois admet cette requalification du fondement juridique : point n° 34 de l’arrêt *Erika Jorós*.

Au regard du principe d'équivalence¹³⁸⁸, la Cour de justice confirme la possibilité pour le juge de dépasser la demande du consommateur, peu importe le juge saisi : l'exigence d'interprétation conforme et du principe d'effectivité exigent que tout juge soit compétent et doive se déclarer compétent pour éradiquer la clause abusive¹³⁸⁹. De plus, la généralité des termes employés permet d'en conclure que l'obligation pour le juge de prononcer la nullité de la clause vaut aussi pour le juge saisi en appel.

Le dépassement de la demande se développe au sein de la jurisprudence de la Cour de justice qui trouve, au sein de la notion d'effectivité du droit de la consommation un prétexte légitime. Le droit interne peut-il suivre la Cour de justice sur cette voie ?

2° Le dépassement envisagé en droit interne

628. Une jurisprudence *ultra petita* ? – La Cour de justice s'extrait à la fois des prétentions des parties, des éléments de faits et de droit et du fondement juridique proposé par elles. La Cour impose au juge de prononcer la sanction qui découle de l'application de la directive applicable alors que les parties sont restées silencieuses sur ce point ou qu'elles ont invoqué un fondement erroné au soutien de la demande¹³⁹⁰. Elle impose aussi d'examiner ce caractère abusif au regard de l'ensemble des clauses du contrat alors que ces dernières n'auraient pas été invoquées à l'appui des prétentions. Dès lors, la Cour de justice donne à ses décisions, à travers l'arrêt « Pannon » et l'ensemble de sa jurisprudence, une coloration *ultra petita*¹³⁹¹.

La jurisprudence de la Cour ne pose pas de difficulté au droit interne s'agissant du relevé d'office du fondement juridique¹³⁹² ; si la question de l'immutabilité du litige est

¹³⁸⁸ Points n^{os} 30 et 36 de l'arrêt *Erika Jörös*.

¹³⁸⁹ CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Erika Jörös*, obs. C. AUBERT DE VINCELLES, «Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle», *RTD Eur.* 2013, p. 559.

¹³⁹⁰ Un doute quant à la portée de la solution *Duarte Hueros* avait été formulé (C. AUBERT DE VINCELLES, «L'office du juge toujours renforcé : nouvelle illustration en matière de sanction dans la vente», *RDC*, 1^{er} mars 2014, n° 1, p. 93, *précité*) ; le juge peut-il relever d'office la sanction de la réduction du prix de manière générale ? Ou ne peut-il pallier à la demande du consommateur que lorsque le droit processuel mis en place en droit interne n'assure pas le principe de l'effectivité de la directive de 1999 ? Il faut, au regard de l'ensemble de la jurisprudence européenne appréciée de manière générale, considérer que la Cour de justice a entendu consacrer un relevé d'office de manière générale.

¹³⁹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, 2011, p. 1039 : « Expression latine signifiant "au-delà de ce qui a été demandé", encore utilisée pour désigner la décision par laquelle une juridiction accorde plus qu'il n'a été demandé ou statue sur une question qui ne lui a pas été soumise [...] ».

¹³⁹² Cf. note 139.

sensible en droit interne¹³⁹³, la décision *ultra petita* n’est pas possible lorsqu’est appliqué l’article L.141-4 du Code de la consommation. Si la difficulté se pose au regard de l’article 12 du CPC et du principe dispositif, elle disparaît lorsqu’est mise en jeu l’application du droit européen de la consommation.

629. Au nom du principe d’effectivité, celui de l’immutabilité de l’objet du litige ne peut venir mettre en échec la protection des consommateurs. Ce principe doit s’adapter aux réalités du droit de la consommation et notamment à la faiblesse du consommateur. Ce dernier n’est parfois pas à même de formuler des prétentions conformes à l’irrégularité commise par le professionnel ; l’intervention du juge s’exerce donc aussi au sein de l’objet du litige et non pas seulement des moyens de droit ou de l’allégation des faits¹³⁹⁴. La nullité de la clause accompagne nécessairement son caractère abusif.

La Cour prend la peine d’encadrer le dépassement des prétentions des parties par le juge, puisqu’elle vient y apporter une limite essentielle.

II. La renonciation comme exception

« [...] *sauf si* [...] ».

630. L’exception tirée de la renonciation du consommateur au bénéfice d’une disposition est un principe dégagé par la Cour (A) qui fait du principe du contradictoire un sésame (B) pour appuyer sa jurisprudence.

A. Un principe dégagé par la Cour

A la lecture des termes utilisés par l’arrêt « Pannon » dans sa solution : « [...] si le consommateur s’y oppose » (1), d’autres, issus de la jurisprudence interne, nous reviennent à l’esprit : si le consommateur « [manifeste] son intention [...] » (2).

¹³⁹³ Sur cette question : cf. note 109.

¹³⁹⁴ Cf. annexe 2 : entretien avec le Juge du TI de Nîmes du jeudi 18 septembre 2014, *précité*.

1° « [...] si le consommateur s'y oppose »¹³⁹⁵.

Dès lors que le caractère abusif de la clause a pu être relevé par le juge, la Cour décide, dans la seconde partie de sa solution qu' « [...] il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose ». En somme « [...] le juge national n'est toutefois pas tenu, en vertu de la directive, d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant »¹³⁹⁶. *A fortiori*, si le consommateur manifeste son intention de ne pas retenir le caractère abusif de la clause, le juge ne relèvera pas d'office sa nullité et elle restera applicable au sein du contrat litigieux.

631. « *Qui dit mot renonce* ». – *A contrario*, on comprend que si le consommateur est silencieux, il bénéficiera automatiquement du relevé d'office par le juge de l'annulation de la clause. Le silence des parties est donc une condition nécessaire au prononcé de la nullité de la clause.

2° Si le consommateur « [manifeste] son intention [...] »

632. Un « revirement » de jurisprudence ? – L'arrêt « Pannon » va à l'exact inverse d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour du 18 décembre 2002¹³⁹⁷. La Cour de cassation avait décidé que le juge ne pouvait pas relever d'office le moyen à la place du consommateur à moins que la personne ne manifeste son intention de s'en prévaloir. A l'inverse, la Cour de justice décide maintenant qu'il s'agit d'une présomption de consentement : le juge relève d'office le moyen de droit à moins que la personne ne manifeste son intention d'y renoncer.

¹³⁹⁵ Extrait de la seconde partie de la solution *Pannon* : « Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose. Cette obligation incombe au juge national également lors de la vérification de sa propre compétence territoriale ».

¹³⁹⁶ Extrait du point n° 33 de l'arrêt *Pannon*.

¹³⁹⁷ Cass, 1^{re} civ. 18 décembre 2002, n° 99-21.121, Bull. civ. 2002 I, n° 315, p.247, *précité* (Cf. note 415) : « Attendu que si la méconnaissance des articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont vocation à protéger, il en va autrement lorsque cette personne a manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de l'acte, fût-ce sur un autre fondement ».

Plus voilée dans le premier cas, l'intention du renoncement doit être explicite dans le second car elle emporte des conséquences plus graves pour la protection du consommateur. On constate l'évolution de la question du relevé d'office du juge entre ces deux arrêts.

633. La « teinte » des nullités. – La renonciation se teinte inutilement de la « théorie des nullités » ; en ce sens le revirement de jurisprudence est relatif car l'arrêt du 18 décembre 2002 s'inscrit dans la jurisprudence attachée à la théorie des nullités¹³⁹⁸. Or, la Cour de justice avait procédé à l'abandon de cette théorie que le bénéfice de la renonciation nuance : celle-ci est critiquée par une partie de la doctrine qui considère qu'en admettant un droit de regard de la part du consommateur et notamment la possibilité pour lui de renoncer au bénéfice d'une disposition « [...] pourrait ramener le droit de la consommation dans le giron contesté de l'ordre public de protection [...] »¹³⁹⁹ alors qu'il est désormais admis que le droit de la consommation, à travers la consécration du relevé d'office au sein du Code de la consommation et de la jurisprudence européenne, est « [...] d'intérêt public [...] »¹⁴⁰⁰. Il faut nuancer cette critique.

634. La consécration du relevé d'office du juge par la Cour de justice ne fait aucun doute, cette dernière ayant, par la même occasion, régulièrement rappelé le double objectif de la directive de 1993 ; il faut donc comprendre le bénéfice de la renonciation comme un rappel du respect du contradictoire. La directive, en prévoyant que la clause ne lie pas le consommateur ne commande pas au juge de se passer de la demande du consommateur à tout prix. Elle implique un respect de sa part, du contradictoire. La renonciation ne peut être mise en jeu que si le juge a d'abord respecté le principe du contradictoire : ce n'est qu'en prévenant les parties de son relevé d'office qu'elle permettra à l'une d'elle d'y renoncer.

B. Le contradictoire comme sésame

Le principe du contradictoire est utilisé par la Cour de justice dans sa solution comme un sésame (1) pour la consécration du relevé d'office du juge. Une telle utilisation de ce principe est une dérogation pour le droit interne (2).

¹³⁹⁸ Sur cette théorie, cf. note 296 s.

¹³⁹⁹ B. GORCHS, «Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée», *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

1° Un « sésame » pour la Cour de justice

La Cour de justice admet la validité du relevé d’office par le jeu du « qui ne dit mot consent ». La manœuvre sera plus simple au regard des principes dispositifs et notamment de celui du contradictoire. Comme si le simple respect du contradictoire ouvrait toutes les portes, il est à nouveau utilisé par la Cour de justice. Le principe du contradictoire n’est pas oublié par la Cour de justice lorsqu’elle consacre l’obligation du relevé d’office.

Ce n’est que par le biais d’un sous-entendu que l’arrêt « Pannon » (a) rend sa solution, alors que l’arrêt « Banif Plus Bank » sera beaucoup plus précis (b).

a) Le sous-entendu de l’arrêt « Pannon »

635. L’arrêt « Pannon » n’évoque pas précisément le principe du contradictoire ; il en fait une suggestion à travers la « renonciation » : en obligeant le relevé d’office de la clause abusive sous réserve de l’opposition du consommateur, la Cour de justice suppose que le contradictoire ait été respecté. S’il ne le rappelle pas clairement, il ne l’oublie pas ni ne le méconnaît.

D’autres arrêts rendus la même année préciseront clairement que le principe du contradictoire est plus que nécessaire à la consécration du relevé d’office du juge.

b) La précision de « Banif Plus Bank »

Il n’a jamais été question, pour la Cour de justice de méconnaître le principe du contradictoire ; le relevé d’office de la demande en nullité de la clause abusive ne contrarie pas ses habitudes¹⁴⁰¹.

636. « Toutefois [...] ». – La Cour de justice du 21 février 2013 va dans le sens de cette jurisprudence et clarifie l’arrêt « Pannon »¹⁴⁰². Elle répond à la seconde question du juge

¹⁴⁰¹ CJUE, 2 décembre 2009, aff. C-89/08, *Commission contre Irlande*, point n° 54 : « Le juge doit lui-même respecter le principe du contradictoire, notamment lorsqu’il tranche un litige sur la base d’un motif retenu d’office (voir, par analogie, dans le domaine des droits de l’homme, Cour eur. D. H., arrêts *Skondrianos c. Grèce* du 18 décembre 2003, § 29 et 30; *Clinique des Acacias et autres c. France* du 13 octobre 2005, § 38, ainsi que *Prikyan et Angelova c. Bulgarie* du 16 février 2006, § 42) ».

hongrois qui, se référant à son droit¹⁴⁰³, a demandé si le caractère abusif de la clause relevé d’office devait être soumis à la discussion des parties¹⁴⁰⁴. Elle en profite pour confirmer la possibilité de la renonciation par le consommateur du relevé d’office de la sanction de la clause jugée abusive : « La Cour a toutefois précisé que le juge national n’est pas tenu, en vertu de la directive, d’écarter l’application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant »¹⁴⁰⁵.

Pour que le relevé d’office de la demande qui découle nécessairement du caractère abusif de la clause soit réalisé conformément aux principes du procès équitable¹⁴⁰⁶, le juge doit respecter le principe du contradictoire¹⁴⁰⁷. Tel un sésame, la Cour conditionne l’obligation du relevé d’office par l’adverbe « Toutefois » afin d’introduire l’exigence du contradictoire dans sa solution : « Toutefois, le principe du contradictoire impose, en règle générale, au juge national qui a constaté d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle d’en informer les parties au litige [...] »¹⁴⁰⁸. Le contradictoire permet de valider un consentement tacite du consommateur pour le prononcé de la nullité de la clause. Le respect du contradictoire permet au consommateur d’avoir le choix de s’opposer au relevé d’office de la nullité de la clause ; en ne le faisant pas, la demande en nullité entre dans ses prétentions. Le juge ne peut se voir reprocher d’avoir méconnu le principe de l’immutabilité du litige.

¹⁴⁰² G. RAYMOND, « Caractère abusif d’une clause contractuelle et office du juge », note sous CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, JCP CCC, juin 2013, n° 6, comm. 142.

¹⁴⁰³ Article 3, § 2, de la loi n° III de 1952 portant code de procédure civile : sauf disposition légale contraire, le juge est lié par les conclusions et les arguments juridiques des parties.

¹⁴⁰⁴ Seconde question préjudicielle posée à la Cour de justice par la juridiction hongroise : « 2) Dans la situation visée à la première question, est-il loisible à la juridiction nationale d’inviter les parties au litige à présenter une déclaration relative à ladite clause contractuelle, de façon à pouvoir tirer les conséquences juridiques attachées à son caractère éventuellement abusif et atteindre les objectifs poursuivis par l’article 6, paragraphe 1, de la directive? ».

¹⁴⁰⁵ Point n° 27 de l’arrêt *Banif Plus Bank*.

¹⁴⁰⁶ Le contradictoire découle du droit fondamental à un recours effectif et l’accès à un tribunal impartial garanti par l’article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne.

¹⁴⁰⁷ X. DELPECH, « Office du juge en matière de clauses abusives : le respect du contradictoire s’impose », note sous CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, *Dalloz Actualité*, 1^{er} mars 2013.

¹⁴⁰⁸ Pour une reproduction complète de la première partie de la solution de l’arrêt *Banif Plus Bank* dont l’extrait est issu : « Les articles 6, paragraphe 1, et 7, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doivent être interprétés en ce sens que le juge national qui a constaté d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle n’est pas tenu, afin de pouvoir tirer les conséquences de cette constatation, d’attendre que le consommateur, informé de ses droits, présente une déclaration demandant que ladite clause soit annulée. Toutefois, le principe du contradictoire impose, en règle générale, au juge national qui a constaté d’office le caractère abusif d’une clause contractuelle d’en informer les parties au litige et de leur donner la possibilité d’en débattre contradictoirement selon les formes prévues à cet égard par les règles nationales de procédure ».

L'arrêt « Banif Plus Bank » ne fait que confirmer l'arrêt « Pannon » lorsqu'il conditionne le prononcé de la nullité de la clause abusive par le juge au principe du contradictoire. Le contradictoire permet au juge à la fois de prononcer le caractère abusif de la clause, mais aussi de justifier sa nullité... Un double sésame en somme.

2° Une dérogation pour le droit interne

637. Instrumentalisation originale. – En droit interne, il n'a jamais été question de pouvoir instrumentaliser le principe du contradictoire pour se libérer des prétentions des parties : « Dès lors que le juge respecte le principe du contradictoire et ne statue pas ultra petita, il a le pouvoir de relever d'office tous les manquements des parties à la législation consumériste »¹⁴⁰⁹.

Le principe du contradictoire a simplement été rappelé comme une condition nécessaire au relevé d'office par le juge des moyens de droit¹⁴¹⁰, par application de l'article 16, alinéa 3 du CPC¹⁴¹¹. Il n'était pas question de reconnaître ce principe comme un moyen de valider une prétention « tacite » du consommateur, mais comme un moyen de s'assurer de son consentement¹⁴¹². Or, par cette instrumentalisation du principe du contradictoire, la Cour va dans le sens de l'effectivité de la protection des consommateurs qu'elle met en balance avec les droits de la défense dont relève le principe du contradictoire¹⁴¹³.

Dans la solution « Banif Plus Bank », le principe du contradictoire ne limite plus le relevé d'office du juge ; il le permet. Comme une exception à l'autonomie procédurale des Etats-membres, la Cour invite, par un équilibre subtil, à concevoir le principe du contradictoire sous une forme nouvelle.

L'obligation du relevé d'office du juge est donc triple : le juge doit examiner la clause, il doit la déclarer abusive et il doit procéder à son annulation. Pour autant, ces trois

¹⁴⁰⁹ G. POISSONNIER, note sous TI, Saintes, 7 janvier 2009, *Gaz. Pal.* 30 mai 2009, n° 150, p. 6, *précité*.

¹⁴¹⁰ Cf. note 522 ; Cass, 1^{re} civ. 30 octobre 1995, n° 93-04.226, *Bull. civ. I*, n° 385 ; Cass, 1^{re} civ. 5 mars 2009, n° 08-10.137, *Inédit*, *précité*.

¹⁴¹¹ Article 16, alinéa 3 du Code de procédure civile, *précité* : « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

¹⁴¹² Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité* : « Le contradictoire est un principe d'autant plus essentiel lors de l'exercice par le juge de son pouvoir de relevé d'office : c'est elle qui permet au « juge de s'assurer que la partie protégée ne s'oppose pas, en toute connaissance de cause, à l'exercice de son office » ; cf. note 524.

¹⁴¹³ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La CJUE, le relevé d'office et les droits de la défense », note sous CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, *JCP E* 18 avril 2013, n° 16, p. 1226, *précité* : « Des exceptions ou aménagements à la contradiction sont donc susceptibles d'être acceptés. Mais le principe demeure, et son respect se trouve ici rendu indispensable par le recours à la technique du relevé d'office ».

obligations sont toutes assorties d’une condition : les éléments de fait et de droit pour l’examen (apportés par les parties ou recherchés d’office par le juge), les critères pour le caractère abusif, et le silence pour la nullité. Tel est le prix de la liberté du juge dans le relevé d’office. En considérant que la demande de la nullité de la clause abusive découle de son caractère abusif lui-même et dispense le consommateur de la formuler auprès du juge, l’arrêt « Pannon » soulève la question des effets pratiques du relevé d’office du caractère abusif d’une clause. Si la Cour de justice et la directive évoquent le terme de « nullité », les effets du caractère abusif de la clause ne se résument pas à cette seule sanction.

*« [...] une clause contractuelle abusive
ne lie pas le consommateur [...] »¹⁴¹⁴.*

§ 2. La sanction de la nullité « méditée »

Reste alors la difficulté tenant aux conséquences pratiques du relevé d’office par le juge du caractère abusif d’une clause insérée dans un contrat. Que faire d’une clause dès lors qu’elle a été jugée abusive ? Qu’en est-il du contrat ? En somme, quels sont les effets qui découlent du pouvoir de relevé d’office du juge ? Les réponses à ces questions sont multiples.

La nullité accompagne le relevé d’office du juge lorsque celui-ci constate, d’office, le caractère abusif d’une clause ou d’une irrégularité du contrat. En prononçant d’office cette sanction, le juge détermine à la fois le sort du contrat litigieux (I) mais aussi celui de la clause abusive (II).

I. Le sort du contrat litigieux

Lorsque le juge est amené à relever d’office une irrégularité au sein d’un contrat ou le caractère abusif d’une clause, il prononce d’office la nullité du contrat (A) qui n’est que la solution par défaut (B) prise par les juges nationaux.

¹⁴¹⁴ Extrait de la première partie de la solution *Pannon* : « L’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens qu’une clause contractuelle abusive ne lie pas le consommateur, et qu’il n’est pas nécessaire, à cet égard, que celui-ci ait préalablement contesté avec succès une telle clause ».

A. Le relevé d’office de la nullité du contrat

Le devoir du juge dans l’exercice du relevé d’office est confirmé de manière voilée par la Cour spécifiquement quant au prononcé de la nullité du contrat. A travers l’arrêt « Eva Martín », la Cour de justice se prononce sur le relevé d’office à travers la sanction de la nullité du contrat, qu’elle justifie au moyen de la notion de l’effet utile (1). Cet arrêt invite cependant à une analyse critique de la solution rendue (2).

1° L’effet utile de l’arrêt « Eva Martín »

638. Seulement deux mois après l’arrêt « Asturcom »¹⁴¹⁵, la Cour se prononce à nouveau sur le pouvoir du relevé d’office du juge dans une affaire où un consommateur (espagnol) avait signé à l’occasion d’un démarchage à domicile, un contrat d’acquisition de très nombreux produits. A la suite de difficultés de paiement, le vendeur professionnel introduit une procédure en injonction de payer devant les juridictions espagnoles. La juridiction d’appel pose une question préjudicielle à la Cour de Justice de l’Union européenne afin de savoir si, à la lecture de l’article 4 de la directive de 1985, elle pouvait relever d’office la nullité du contrat dont le consommateur ne s’est pas lui-même prévalu.

639. La solution. – Dans un arrêt rendu par la Cour de Justice de l’Union Européenne le 17 décembre 2009, « Eva Martín »¹⁴¹⁶, la Cour considère que « l’article 4 de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ne s’oppose pas à ce qu’une juridiction nationale déclare d’office la nullité d’un contrat relevant du champ d’application de cette directive au motif que le consommateur n’a pas été informé de son droit de résiliation, alors même que cette nullité n’a à aucun moment été invoquée par le consommateur devant les juridictions nationales compétentes ».

¹⁴¹⁵ CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom*, précité.

¹⁴¹⁶ CJUE, 17 décembre 2009, aff. C-227/08, *Eva Martin Martin c/ EDP Editores SL*, précité ; JCP CCC, juin 2010, n° 6, comm. 171, note G. RAYMOND.

640. L’effectivité de la protection des consommateurs. – Le risque que présente de tels contrats¹⁴¹⁷, et l’importance accordée au droit de résiliation dont le consommateur bénéficie¹⁴¹⁸ sont des éléments qui impliquent une intervention active du juge : « Une telle disposition relève, par conséquent, de l’intérêt public pouvant, au sens de la jurisprudence rappelée au point 20 du présent arrêt, justifier une intervention positive du juge national afin de suppléer au déséquilibre existant entre le consommateur et le commerçant dans le cadre des contrats conclus en dehors des établissements commerciaux »¹⁴¹⁹. Le relevé d’office de la méconnaissance de la disposition prévue par la directive en cause et la nullité du contrat qui en découle participent de « l’effet utile » de la protection des consommateurs¹⁴²⁰ (la décision de la Cour de justice valide donc la loi de transposition espagnole)¹⁴²¹.

Le raisonnement de la Cour de justice permet au juge interne de se passer, une fois de plus, de la formulation de la demande en nullité du consommateur. Le dépassement des prétentions des parties ne vaut donc pas seulement à l’égard de la directive relative aux clauses abusives mais aussi à l’égard de celle relative aux contrats négociés hors établissements¹⁴²². Le juge est fondé à prononcer d’office la sanction applicable, soit la nullité du contrat¹⁴²³.

2° L’analyse critique de la solution « Eva Martín »

641. L’ambiguïté de l’intensité. – Pour S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, cet arrêt sème le doute quant à savoir si la Cour de justice souhaite effectivement voir une obligation (comme dans l’arrêt « Pannon ») ou une faculté (comme ici) du relevé d’office¹⁴²⁴. L’expression utilisée par la Cour : « [...] ne s’oppose pas [...] » suscite la question. Cette décision de la Cour de justice n’intervient que six mois après l’arrêt « Pannon » qui imposait formellement au juge une véritable obligation de relever d’office. Même s’il a été rendu à

¹⁴¹⁷ Point n° 22 de l’arrêt *Eva Martín*.

¹⁴¹⁸ Points n° 23 à 26 de l’arrêt *Eva Martín*.

¹⁴¹⁹ Point n° 28 de l’arrêt *Eva Martín*.

¹⁴²⁰ Point n° 27 de l’arrêt *Eva Martín*.

¹⁴²¹ Point n° 34 de l’arrêt *Eva Martín*.

¹⁴²² Directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, « concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ».

¹⁴²³ Article 4 de la loi espagnole 26/1991 de transposition de la directive applicable : « Le contrat conclu ou l’offre présentée en violation des conditions établies à l’article antérieur peut être annulé à la demande du consommateur ».

¹⁴²⁴ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d’office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC* juillet 2013, n° 7, étude 9, *précité* : « On peut cependant regretter une absence de certitude sur ce point, d’autant que la Cour de Luxembourg s’est prononcée dans le sens d’une simple faculté, à propos du non-respect du formalisme dans le contrat de consommation, peu après l’arrêt Pannon ».

propos de la directive relative aux clauses abusives de 1993, le raisonnement tenu par la Cour est transposable à toute norme européenne consumériste ; le relevé d'office tel que l'arrêt « Pannon » l'a consacré à l'égard de ces dispositions ne peut pas être remis en cause. A l'inverse, on peut se demander si la Cour de justice ne fait pas une distinction entre le relevé d'office obligatoire du juge quant au caractère abusif de la clause et celui, facultatif, quant aux effets d'un tel relevé d'office. La ferveur du droit européen pour le relevé d'office du juge et les arrêts précédents permettent d'en douter et invitent à penser le relevé d'office du juge sous le seul angle de l'obligation.

642. La faveur à la faculté. – La Cour conclut donc en matière de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, fidèle à l'arrêt « Rampion »¹⁴²⁵, que le juge a la simple faculté et non l'obligation de soulever d'office la nullité du contrat. Si certains pourraient y déceler une contradiction dans la jurisprudence de la CJUE, d'autres considèrent que cet arrêt n'est pas considéré comme un arrêt de principe et qu'il ne concerne que les contrats de démarchage et plus particulièrement le relevé d'office de la nullité du contrat entier et non d'une clause abusive. Afin de soulever toute ambiguïté, il avait été émis le souhait de voir l'article L.141-4 du Code de la consommation modifié pour voir apparaître dans ses termes que le juge soit obligé de relever d'office une clause jugée abusive¹⁴²⁶. Cet arrêt gomme, d'une certaine manière, un défaut de l'article L.141-4 du Code de la consommation qui laisse le consommateur dans une situation incertaine.

B. La nullité du contrat par défaut

643. Le professeur G. RAYMOND a souligné l'instabilité du droit de la consommation, considérant la réforme de 2008 comme « provisoire ». Pourtant, s'il a pu avoir raison quant à l'évolution incessante du droit de la consommation, la consécration de l'office du juge n'a jamais été abandonnée. Maintenant que la Cour de justice ainsi que le législateur français ont organisé le relevé d'office du juge en droit de la consommation, la question est dépassée : il faut désormais se demander ce qu'il adviendra de la clause jugée abusive par le juge. Au regard de la directive de 1993, la Cour de justice souligne la volonté du législateur de voir la

¹⁴²⁵ Cf. note 424 s.

¹⁴²⁶ Confédération Nationale des Associations Familiales Catholiques, « Améliorations à apporter au droit national de la consommation et secteurs prioritaires à cet égard », groupe de travail n°2, assise de la consommation du 26 octobre 2009.

clause abusive écartée du contrat et non pas une annulation de l’ensemble du contrat. C’est une volonté que précise l’arrêt « Jana Pereničová » (1) confirmé (2).

1° La précision de l’arrêt « Jana Pereničová »

644. « Sanction et protection ». – Par un arrêt rendu le 15 mars 2012¹⁴²⁷, la Cour de justice décide que lorsque le juge relève d’office le caractère abusif d’une clause insérée dans un contrat, il n’est pas tenu de prononcer la nullité de l’ensemble du contrat litigieux. Il s’agissait en l’espèce, d’un contrat de crédit conclu entre un professionnel et un consommateur, dans lequel le taux annuel effectif global était incorrect. La clause prévoyant ce taux devait donc être qualifiée d’abusives, faisant tomber le litige sous l’application de la directive de 1993. Selon l’article 6 de la directive 93/13/CEE : « Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s’il peut subsister sans les clauses abusives ». La nullité de l’ensemble du contrat doit être comprise comme une solution par défaut, que l’on se place sur le terrain des clauses abusives de manière générale ou du droit du crédit à la consommation en particulier.

645. La solution de l’arrêt. – La Cour en conclut que : « l’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprété en ce sens que, lors de l’appréciation du point de savoir si un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel et contenant une ou plusieurs clauses abusives peut subsister sans lesdites clauses, le juge saisi ne saurait se fonder uniquement sur le caractère éventuellement avantageux pour l’une des parties, en l’occurrence le consommateur, de l’annulation du contrat concerné dans son ensemble. Ladite directive ne s’oppose pas, cependant, à ce qu’un État membre prévoit, dans le respect du droit de l’Union, qu’un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel et contenant une ou plusieurs clauses abusives est nul dans son ensemble lorsqu’il s’avère que cela assure une meilleure protection du consommateur ».

¹⁴²⁷ CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Jana Pereničová et Vladislav Perenič contre SOS financ spol. s r. o.*

646. L'autonomie du contrat. – En vertu de l'article 6, § 1 de la directive de 1993, le contrat n'est pas nul s'il peut subsister sans la clause déclarée abusive. La Cour considère que pour en faire l'appréciation, le juge peut prendre en compte l'intérêt de l'annulation du contrat au regard de la protection du consommateur. Cet aménagement est compréhensible dès lors qu'il peut être désavantageux pour le consommateur de voir la totalité de son contrat anéanti par la seule présence d'une clause abusive, alors qu'il a besoin de ce lien contractuel intentionnellement noué avec le professionnel. Mais cet aménagement est aussi nécessaire à l'exigence de sécurité juridique et d'équilibre contractuel.

Notre droit ouvre au juge différentes manières de sanctionner le contrat ; à la lecture de la directive de 1993 et de l'interprétation qui en est donnée par la Cour, ce dernier n'est pour autant jamais obligé de l'anéantir dans sa totalité dans le domaine des clauses abusives ; bien au contraire, la directive invite le juge à maintenir le lien contractuel entre le consommateur et le professionnel à la seule condition qu'il puisse le faire en l'absence de la clause jugée abusive, écartée du contrat.

La décision rendue par la Cour en 2012 illustre l'objectif d'harmonisation minimale dont la directive de 1993 est assortie, notamment lorsque le juge déclare que : « Ladite directive ne s'oppose pas, cependant, à ce qu'un État membre prévoit, dans le respect du droit de l'Union, qu'un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel et contenant une ou plusieurs clauses abusives est nul dans son ensemble lorsqu'il s'avère que cela assure une meilleure protection du consommateur ». Le choix de sanctionner la clause ou le contrat est à la discrétion du juge qui doit évaluer son utilité de manière objective au regard de l'exigence d'équilibre entre les parties¹⁴²⁸, et de « sécurité juridique des activités économiques »¹⁴²⁹.

¹⁴²⁸ Point n° 31 de l'arrêt : « En effet, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée au point 28 du présent arrêt et que l'a relevé Mme l'avocat général au point 63 de ses conclusions, l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union dans le cadre de la directive 93/13 consiste à rétablir l'équilibre entre les parties, tout en maintenant, en principe, la validité de l'ensemble d'un contrat, et non pas à annuler tous les contrats contenant des clauses abusives ».

¹⁴²⁹ Point n° 32 de l'arrêt : « S'agissant des critères qui permettent d'apprécier si un contrat peut effectivement subsister sans les clauses abusives, il y a lieu de relever que tant le libellé de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 que les exigences relatives à la sécurité juridique des activités économiques militent en faveur d'une approche objective lors de l'interprétation de cette disposition de sorte que, comme l'a relevé Mme l'avocat général aux points 66 à 68 de ses conclusions, la situation de l'une des parties au contrat, en l'occurrence le consommateur, ne saurait être considérée comme le critère déterminant réglant le sort futur du contrat ».

2° La confirmation de l’arrêt « Jana Pereničová »

647. L’arrêt « Erika Jörös ». – La décision est confirmée le 30 mai 2013¹⁴³⁰ ; la Cour décide, par une application à nouveau stricte de l’article 6 § 1 de la directive 93/13 et similaire à celle de l’arrêt de l’arrêt « Jana Pereničová »¹⁴³¹ : « [...] que le juge national qui constate le caractère abusif d’une clause contractuelle est tenu, d’une part, [...] de tirer toutes les conséquences qui découlent, selon le droit national, de cette constatation afin de s’assurer que ce consommateur n’est pas lié par cette clause et, d’autre part, d’apprécier, en principe sur la base de critères objectifs, si le contrat concerné peut subsister sans ladite clause ».

L’arrêt « Pannon », fil directeur de ce développement, n’évoque pas de nullité du contrat dans son ensemble ; il souligne d’emblée que seule la clause est nulle : la clause « ne lie pas ». La directive invite le juge à faire le choix d’anéantir le contrat ou d’exclure seulement la clause lorsqu’elle démontre un caractère abusif. Si le droit de l’Union ne prévoit pas de « couleur » intermédiaire, il faut en déduire que toute action qui ne serait pas tirée de l’une ou l’autre de ces options est proscrite. Cette affirmation va être remise en cause.

II. Le sort de la clause abusive

648. Le sort de la clause, à la lecture de la directive (article 6 § 1 : « les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs »), et de l’arrêt « Pannon » (Lorsqu’il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l’applique pas »), ne laisse aucun doute : le caractère abusif se traduit par une nullité de la clause. Pourtant, l’article 6, § 1 de la directive de 1993 donne aussi la préférence au maintien du contrat tout en ouvrant la possibilité de son anéantissement sans apporter d’indications supplémentaires ; le choix est double : « [...] le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s’il peut subsister sans les clauses abusives [...] ». L’emploi du futur (revêtant quasiment une connotation biblique) invite les Etats-membres à s’y conformer sans exceptions. A partir de cette règle, la Cour de justice précise le sort de la clause au fur et à mesure des décisions rendues. De ces dernières se dégagent des effets étendus accordés à la nullité de la clause ainsi qu’une marge d’appréciation laissée aux juges confrontés à une clause abusive.

¹⁴³⁰ CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Erika Jörös contre Aegon Magyarország Hitel Zrt*, précité.

¹⁴³¹ La Cour fait un rappel de la solution de l’arrêt *Jana Pereničová* aux points n^{os} 45, 46 et 47 de l’arrêt *Erika Joros*.

La Cour de justice va dégager des solutions intéressantes : elle accorde d’une part un effet *erga omnes* à cette nullité dite de principe (A) ; elle ouvre des alternatives possibles à cette nullité (B).

A. L’effet *erga omnes* de la nullité de la clause

649. « Un pour tous, tous pour un ». – Un arrêt rendu par la Cour de justice le 26 avril 2012¹⁴³² rappelle cette devise propre aux trois mousquetaires et qui prône l’union dans l’action.

La Cour devait décider si le caractère abusif d’une clause présente dans un contrat, et donc le prononcé de sa nullité, était valable pour tous les contrats similaires conclus avec des cocontractants ne faisant pas partie de la procédure. En y faisant droit à l’occasion de l’arrêt « Invitel », la Cour donne un effet *erga omnes* à l’action intentée à l’encontre du contrat litigieux et généralise la décision prise à l’égard de celui-ci ; elle étend le sort de la clause abusive à toutes celles qui seraient insérées de la même manière dans des contrats identiques.

En l’espèce, le litige opposait un organisme de lutte contre les clauses abusives (le N.F.H.¹⁴³³) à l’opérateur de téléphonie fixe « Invitel » qui effectuait des variations de prix sur le fondement de conditions générales de vente proposées à des consommateurs. Ces variations de prix dépendaient de modes de calculs qui n’étaient pas précisés dans le contrat et qui n’avaient pas fait l’objet d’un accord préalable du consommateur. La question préjudicielle posée par une juridiction hongroise tenait donc à savoir si l’article 6, paragraphe 1¹⁴³⁴, de la directive de 1993 combiné avec l’article 7, paragraphes 1 et 2¹⁴³⁵ pouvait être compris en ce qu’il permet à une action de nature collective d’étendre ses effets à tous les

¹⁴³² CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contre Invitel Távközlési Zrt* ; JCP G 9 juillet 2012, n°28, 840, note G. PAISANT.

¹⁴³³ Le N.F.H. correspond au *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*.

¹⁴³⁴ Article 6, paragraphe 1 la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 : « Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s’il peut subsister sans les clauses abusives ».

¹⁴³⁵ Article 7, paragraphe 1 la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 : « Les États membres veillent à ce que, dans l’intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l’utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel » ; et paragraphe 2 : « Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu’ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d’une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l’utilisation de telles clauses ».

« [...] consommateurs concernés [...] » par la clause abusive visée par le recours, ainsi qu’à tout « [...] autre consommateur dans le futur [...] ».

650. Une solution opportune. – Pour parvenir à la conclusion qui précède, la Cour se fonde sur une interprétation des dispositions combinées de la directive soumise à la Cour. Ces dispositions prises ensemble ouvrent à la Cour la possibilité de décider que le droit Hongrois permettant l’extension des effets d’une décision prise par le juge à l’égard d’une clause abusive¹⁴³⁶ puisse être conforme à l’objectif et au contenu de la directive de 1993. Il semble effectivement opportun de permettre à une décision prononçant la nullité d’une clause abusive au sein de conditions générales de vente de produire des effets à l’égard des contrats soumis à celles-ci et donc pareillement viciés, dans le but de protéger les consommateurs qui en seraient victimes de manière identique. Cette décision remet en cause un arrêt rendu par le juge français qui refuse d’accorder un tel effet à une décision judiciaire à propos de la nullité des clauses abusives¹⁴³⁷.

La Cour décide, dans le second paragraphe de l’arrêt cité, que : « L’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, lu en combinaison avec l’article 7, paragraphes 1 et 2, de cette directive, doit être interprété en ce sens [qu’il] ne s’oppose pas à ce que la constatation de nullité d’une clause abusive faisant partie des conditions générales des contrats de consommation [...] produise, conformément à ladite législation, des effets à l’égard de tous les consommateurs ayant conclu avec le professionnel concerné un contrat auquel s’appliquent les mêmes conditions générales, y compris à l’égard des consommateurs qui n’étaient pas parties à la procédure en cessation ». L’article 7, paragraphe 2 de la directive évoque en effet les « [...] clauses contractuelles, rédigées en vue d’une utilisation généralisée [...] ».

651. En l’espèce, la Cour a justifié sa décision par la position de faiblesse des consommateurs face aux professionnels, d’autant plus à l’occasion de la souscription de contrats dits « d’adhésion » (le litige portant en l’espèce sur des clauses abusives insérées dans des conditions générales de vente). Elle poursuit son développement, affirmant que la protection de ces consommateurs rend valable la législation hongroise tenant à accorder un effet *erga omnes* à l’action collective exercée à l’encontre de professionnels usant de clauses

¹⁴³⁶ Il s’agit de l’article 209/B alinéa 1^{er} du Code civil Hongrois qui prévoit que : « La déclaration de nullité d’une clause abusive qui figure dans un contrat de consommation en tant que condition générale contractuelle, prévue à l’article 209/A, paragraphe 2, de ce même code, peut également être demandée au juge par un organisme à désigner par un texte spécifique. La déclaration de nullité de la clause abusive réalisée par le juge vaudra à l’égard de toute partie ayant conclu un contrat avec un professionnel utilisant ladite clause ».

¹⁴³⁷ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, Bull. 2005 I n° 61 p. 53.

abusives au sein de conditions générales. Elle ajoute enfin qu’en ouvrant l’action à de tels organismes de lutte contre les clauses abusives, l’Etat Hongrois participe de manière effective à la protection des consommateurs dans ce domaine.

La Cour de justice conforte cette position protectrice des consommateurs par un élargissement de sa décision aux éventuels litiges futurs, et conclut que : « [...] lorsque le caractère abusif d’une clause des conditions générales des contrats a été reconnu dans le cadre d’une telle procédure, les juridictions nationales sont tenues, également dans le futur, d’en tirer d’office toutes les conséquences qui sont prévues par le droit national, afin que ladite clause ne lie pas les consommateurs ayant conclu avec le professionnel concerné un contrat auquel s’appliquent les mêmes conditions générales ».

Si elle consacre le relevé d’office du caractère abusif d’une clause par le juge de la même manière que la jurisprudence antérieure déjà commentée¹⁴³⁸ elle va plus loin en exigeant des juges qu’ils participent à la lutte contre les clauses abusives en anticipant sur les litiges à naître¹⁴³⁹. Alors qu’en 2002 la Cour de justice avait consacré l’office du juge, ouvrant à ce dernier la possibilité de relever d’office le caractère abusif d’une clause à la place du consommateur partie au procès, dans son élan, il a étendu cette consécration aux contrats futurs ainsi qu’à ceux « indirectement » soumis à son jugement.

B. Les alternatives à la nullité de la clause

La Cour de justice fait preuve d’imagination quand il s’agit de définir quel sort est réservé à la clause abusive. Alors que la nullité de la clause devrait prévaloir, la Cour précise la sanction : à l’impossibilité de la révision de la clause (1) s’ouvre la possibilité de sa substitution (2).

¹⁴³⁸ Le premier point de sa solution tenant à rappeler qu’il « [...] appartient à la juridiction de renvoi [...] d’apprécier, au regard de l’article 3, paragraphes 1 et 3, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, le caractère abusif d’une clause [...] ».

¹⁴³⁹ Une anticipation qui avait également été reconnue par le juge national français, comme un effet *erga omnes* pour le futur : Cass, 1^{re} civ. 3 février 2011, n° 08-14.402, Bull. civ. 2011, I, n° 23 : « Vu les articles L. 132-1 et L. 421-6 du code de la consommation ; Attendu que l’action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s’appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d’une utilisation généralisée ». L’article L.132-1 du Code de la consommation qui invite à lutter contre les clauses ayant pour « effet » de créer le déséquilibre a nécessairement une portée dans le temps.

1° L’impossible révision de la clause

La révision de la clause est impossible : voilà une précision qu’apporte l’arrêt « Banco Español » (a), rapidement confirmé par l’arrêt « Asbeek Brusse » (b).

a) La précision de l’arrêt « Banco Español »

652. « Anéantir ou bannir ». – C’est une juridiction espagnole qui va proposer la « révision » de la clause à l’occasion d’un litige opposant un consommateur à une banque, au sujet d’un retard de remboursement d’un prêt accordé par celle-ci. Un premier juge avait alors relevé d’office le caractère abusif de la clause fixant les intérêts moratoires et avait procédé à sa révision pour la régulariser. Un second juge, saisi d’un appel interjeté contre cette décision, pose deux questions préjudicielles à la Cour de justice : l’une tenant au pouvoir du relevé d’office du juge du caractère abusif d’une clause, et l’autre tenant à la faculté pour ce dernier d’en réviser le contenu. La décision de la Cour est sans appel.

653. La solution de la Cour. – Le 14 juin 2012¹⁴⁴⁰, la Cour déclare, au second point de sa solution, que : « l’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu’il s’oppose à une réglementation d’un État membre [...] qui permet au juge national, lorsqu’il constate la nullité d’une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause ».

Dans cet arrêt, la Cour reconnaît le pouvoir du relevé d’office du juge¹⁴⁴¹, conformément à sa jurisprudence antérieure, rappelant l’exigence d’effectivité de la protection des consommateurs¹⁴⁴². Dans le même temps, elle fait une application restrictive de la directive et n’admet que la suppression de la clause abusive et non sa révision.

¹⁴⁴⁰ CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c/ Joaquín Calderón Camino*, obs. A. MAFFRE-BAUGÉ, *Conditions générales de vente et Crédit à la consommation*, Dictionnaire permanent Recouvrement de créances et procédures d’exécution, bull. n°152, septembre 2012, p. 11 et 12 ; *JCP G*, 10 septembre 2012, n° 37, 975, note G. PAISANT.

¹⁴⁴¹ Solution rendue par la Cour : « La directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu’elle s’oppose à une réglementation d’un État membre, telle que celle en cause au principal, qui ne permet pas au juge saisi d’une demande d’injonction de payer d’apprécier d’office, *in limine litis* ni à aucun autre moment de la procédure, alors même qu’il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, le caractère abusif d’une clause d’intérêts moratoires contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, en l’absence d’opposition formée par ce dernier ». Voilà une décision qui devrait permettre au juge français d’user de son pouvoir de relevé d’office lors d’une injonction de payer soumise à son appréciation.

¹⁴⁴² Point n° 39, 40 et 41 de l’arrêt *Banco Español*.

Par une interprétation linéaire de l'article 6, paragraphe 1 de la directive dans le point n°71 de l'arrêt, elle accorde la préférence à l'exclusion de la clause en ces termes : « [...] l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 ne saurait être compris comme permettant au juge national [...] de réviser le contenu de ladite clause au lieu d'en écarter simplement l'application à l'égard de ce dernier ». Issue d'un litige appartenant au droit du crédit à la consommation, la portée générale de la formule ainsi que l'analyse qui est faite de l'article 6, paragraphe 1 de la directive, étendent la solution de la Cour à tout litige opposant un professionnel à un consommateur auquel la directive de 1993 est applicable.

654. Une révision contraire au droit européen de la consommation. – La raison en est d'abord qu'aucune interprétation de l'article 6 de la directive ne semble permettre au juge de réviser la clause¹⁴⁴³. Ensuite cette révision n'est pas conforme à l'objectif de protection des consommateurs qui ne serait pas assuré par la possibilité d'une révision de la clause¹⁴⁴⁴ ; une annulation du contrat ou une suppression de la clause serait toujours plus efficace et protectrice des intérêts du consommateur qu'une révision (aucune interprétation de l'article 8 de la directive n'irait donc pas non plus en ce sens¹⁴⁴⁵).

Cette nouvelle option serait d'autant plus inadaptée qu'elle balayerait le caractère dissuasif du droit des clauses abusives et des sanctions qui en découlent, car « les professionnels pourraient en effet être tentés d'insérer dans les contrats des clauses abusives en considérant que, dans le pire des cas, ces clauses pourraient être révisées par le juge »¹⁴⁴⁶. Or, la dissuasion est un important outil de prévention, et a tout autant de poids que la sanction en elle-même. Enfin, une des raisons d'être de cette solution pourrait être tirée de l'impératif de « sécurité juridique des activités économiques » mentionné dans l'arrêt précédent, et qui serait remis en cause par la révision d'une ou plusieurs clauses du contrat par le juge.

¹⁴⁴³ Pour mémoire, article 8 de la directive 93/13/CEE : « 1. Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

¹⁴⁴⁴ La Cour explique, au point n° 70 de l'arrêt, que : « de ce fait, une telle faculté, si elle était reconnue au juge national, ne serait pas en mesure de garantir, par elle-même, une protection aussi efficace du consommateur que celle résultant de la non-application des clauses abusives ».

¹⁴⁴⁵ Pour mémoire, l'article 8 de la directive 93/13/CEE prévoit que : « les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ».

¹⁴⁴⁶ P.-Y. BÉRARD et J.-L. GUILLLOT, « Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne - Le pouvoir du juge national de déclarer d'office la nullité d'une clause abusive sans toutefois être habilité à la réviser », note sous CJUE, 1^{re} chambre, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español*, *Revue Banque*, 27 novembre 2012, n° 754.

Transposée dans des litiges ne relevant pas du droit du crédit à la consommation, la solution est appropriée, car l’avantage de la révision sera toujours moindre face aux deux options traditionnellement retenues par le droit de l’Union. La solution est reprise par la Cour de justice un an plus tard.

b) La confirmation de l’arrêt « Asbeek Brusse »

L’arrêt « Asbeek Brusse » de la Cour de justice rappelle sa jurisprudence relative au relevé d’office du caractère abusif et de la nullité de la clause sous réserve du contradictoire¹⁴⁴⁷, que l’on peut rapprocher de l’arrêt « Joros » rendu le même jour à propos de la compétence du juge saisi en appel¹⁴⁴⁸.

655. Une solution de « confirmation ». – Mais cet arrêt confirme surtout la solution de l’arrêt « Banco Español » et réfute toute possibilité de révision de la clause. Lors d’un litige portant sur le paiement d’un loyer dont le contrat comprenait une clause pénale, le consommateur avait demandé au juge une modération des pénalités qui lui avait été imputées. Le 30 mai 2013¹⁴⁴⁹, la Cour de justice décide que : « l’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu’il ne permet pas au juge national, lorsqu’il a établi le caractère abusif d’une clause pénale dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de se limiter, comme l’y autorise le droit national, à modérer le montant de la pénalité mise par cette clause à la charge de ce consommateur, mais lui impose d’écarter purement et simplement l’application de ladite clause à l’égard du consommateur ».

Le droit national, soit l’article 6:94 du Code civil néerlandais, permet au juge de modérer le montant de la pénalité ; or, cette disposition est mise hors-jeu par l’article 6, § 1 de la directive de 1993 dont l’interprétation de la Cour ne permet pas la révision de la clause. Rappelant les termes de l’arrêt « Banco Español », elle précise que c’est le souci de l’effet

¹⁴⁴⁷ Seconde partie de la solution de l’arrêt : « – dès lors que le juge national, saisi d’une action introduite par un professionnel à l’encontre d’un consommateur, portant sur l’exécution d’un contrat, a le pouvoir, selon les règles de procédure internes, d’examiner d’office la contrariété entre la clause qui sert de base à la demande et les règles nationales d’ordre public, il doit de la même manière, lorsqu’il a établi que ladite clause entre dans le champ d’application de cette directive, apprécier d’office le caractère éventuellement abusif de celle-ci au regard des critères édictés par ladite directive ;

– dès lors que le juge national a le pouvoir, selon les règles de procédure internes, d’annuler d’office une clause contraire à l’ordre public ou à une disposition légale contraignante dont la portée justifie cette sanction, il doit, en principe, après avoir donné aux parties la possibilité d’un débat contradictoire, annuler d’office une clause contractuelle dont il a constaté le caractère abusif au regard des critères édictés par ladite directive ».

¹⁴⁴⁸ Cf. arrêt CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Erika Joros*, précité ; point n°42 de l’arrêt « Asbeek Brusse ».

¹⁴⁴⁹ CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito contre Jahani BV*.

dissuasif de la sanction qui motive sa solution, et que ne permettrait pas une révision de la clause : « Or, s’il était loisible au juge national de réviser le contenu des clauses abusives figurant dans de tels contrats, une telle faculté serait susceptible de porter atteinte à la réalisation de l’objectif à long terme visé à l’article 7 de la directive, dès lors qu’elle affaiblirait l’effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l’égard du consommateur de telles clauses abusives (arrêt Banco Español de Crédito, précité, points 66 à 69) »¹⁴⁵⁰.

Pourtant, et en dépit de ce qui précède, une troisième voie sera finalement ouverte au juge, aux côtés de celles de l’anéantissement du contrat et du bannissement de la clause abusive : celle de la substitution.

2° La substitution possible de la clause

656. « Conserver ou substituer », l’arrêt « Kasler ». – Dans un arrêt du 30 avril dernier¹⁴⁵¹, la Cour de justice est amenée à répondre aux questions d’un juge hongrois à propos d’une clause fixant le montant des mensualités de remboursement d’un prêt accordé par un professionnel à un consommateur. Les questions posées par le juge national étaient au nombre de trois : si les deux premières apportent un éclairage intéressant quant à l’interprétation de l’article 4, paragraphe 2 de la directive de 1993¹⁴⁵², la troisième retiendra notre attention.

¹⁴⁵⁰ Extrait du point n° 58 de l’arrêt *Asbeek Brusse*.

¹⁴⁵¹ CJUE 30 avril 2014, aff. C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contre OTP Jelzálogbank Zrt.*

¹⁴⁵² Pour une reproduction complète des deux premières questions : « 1) Convient-il d’interpréter l’article 4, paragraphe 2, de la directive [93/13] en ce sens que, en cas d’emprunt libellé en devise étrangère, mais débloqué en devise nationale et à rembourser par le consommateur exclusivement en devise nationale, la clause contractuelle déterminant les taux de change, qui n’a pas fait l’objet d’une négociation individuelle, relève de la notion de ‘définition de l’objet principal du contrat’ ? »

Si tel n’est pas le cas, convient-il de considérer, sur le fondement de la seconde expression visée à l’article 4, paragraphe 2, de la directive [93/13], l’écart entre le cours de vente et le cours d’achat [de la devise] comme une rémunération dont l’adéquation au service ne saurait être examinée aux fins d’apprécier son caractère abusif ? À cet égard, la réalisation effective d’une opération de change entre l’établissement financier et le consommateur est-elle, ou non, déterminante ?

2) S’il convient d’interpréter l’article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13 en ce sens que le juge national peut, indépendamment des dispositions de droit national, aussi examiner le caractère abusif de telles clauses contractuelles, si celles-ci ne sont pas claires et compréhensibles, cette dernière exigence doit-elle s’entendre comme imposant que la clause en question soit en elle-même grammaticalement claire et compréhensible pour le consommateur, ou impose-t-elle en sus que les raisons économiques qui sous-tendent l’application de la clause contractuelle ainsi que la relation de ladite clause avec d’autres clauses du contrat soient claires et compréhensibles pour ce même consommateur ? ».

La Cour de justice est invitée à préciser sa solution dans l’arrêt « Banco Español de Crédito »¹⁴⁵³ (directement visée dans la question préjudicielle¹⁴⁵⁴). La Cour propose une solution intermédiaire au sort du contrat vicié par une clause abusive. La question du juge tenait à savoir si l’article 6, paragraphe 1, de la directive de 1993 pouvait s’appliquer à une situation dans laquelle le contrat ne peut pas subsister sans la clause abusive. En d’autres termes, le juge se demande si la solution de l’arrêt « Banco » lui est applicable.

657. La solution de la Cour. – La Cour permet au juge, par une interprétation large de l’article 6 § 1, non pas d’anéantir le contrat ou de supprimer la clause, mais de procéder à sa « substitution » : « L’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens [qu’un] contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ne peut subsister après la suppression d’une clause abusive, cette disposition ne s’oppose pas à une règle de droit national permettant au juge national de remédier à la nullité de cette clause en substituant à celle-ci une disposition de droit national à caractère supplétif ». Il est permis désormais, seulement dans le cas où la suppression de la clause n’est pas possible, de lui substituer une disposition « supplétive » issue du droit national.

658. Une solution surprenante. – Alors que la Cour avait d’abord rappelé le principe énoncé à l’occasion de l’arrêt « Banco » qui interdisait au juge de réviser la clause abusive, elle la tolère finalement¹⁴⁵⁵. La solution surprend d’autant plus que la Cour est attachée à la protection des consommateurs¹⁴⁵⁶. Elle souligne aussi la nécessité de maintenir la portée dissuasive de la directive ; la possibilité d’une « révision » assurerait aux professionnels que malgré l’insertion d’une clause abusive, le « [...] contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge [...] »¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵³ CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c/ Joaquín Calderón Camino*, précité.

¹⁴⁵⁴ Troisième question préjudicielle : « Convient-il d’interpréter l’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 et le point 73 de l’arrêt [Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349] en ce sens que le juge national ne peut pas non plus remédier au défaut de validité, à l’égard du consommateur, d’une disposition abusive d’une clause contractuelle générale utilisée dans un contrat de prêt conclu avec un consommateur en modifiant ou en complétant la clause contractuelle en question, si le contrat ne peut subsister sur la base des autres clauses contractuelles après la suppression de la clause abusive ? À cet égard, importe-t-il que le droit national comprenne une disposition à caractère supplétif qui régit la question juridique en cause en l’absence de la stipulation dépourvue de validité ? ».

¹⁴⁵⁵ La Cour n’emploie cependant pas le terme « révision » dans sa solution, lui préférant celui de « substitution ».

¹⁴⁵⁶ Point n° 78 de l’arrêt *Kásler* : « Étant donné la nature et l’importance de l’intérêt public que constitue la protection des consommateurs, qui se trouvent dans une situation d’infériorité à l’égard des professionnels [...] ».

¹⁴⁵⁷ Point n° 79 de l’arrêt.

Elle poursuit son raisonnement au moyen de l'adverbe « toutefois », lui donnant la forme d'une exception au principe de l'interdiction : « Toutefois, il n'en découle pas que, dans une situation telle que celle au principal, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 s'opposerait à ce que le juge national, en application de principes du droit des contrats, supprime la clause abusive en lui substituant une disposition de droit national à caractère supplétif ». Elle justifie cette exception au moyen des principes du droit des contrats qui devraient permettre au juge de remplacer la clause par une autre. La Cour conditionne donc l'exception nouvelle à la situation « telle que celle au principal », dans laquelle la survie du contrat séparé de la clause n'est pas possible, ainsi qu'à l'application des principes du droit des contrats.

659. Une substitution conforme au droit européen de la consommation. – Cet arrêt, qui pourrait contrarier l'adage *lex specialis derogat legi generali*¹⁴⁵⁸ (car c'est le droit commun qui assure le remplacement de la clause), se fonde surtout sur le 13^e considérant de la directive de 1993 et non pas (seulement) sur l'article 6 § 1. Partant du principe que « [...] les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs [...] » ne contiennent pas de clauses abusives, celui-ci prévoit que « [...] l'article 1^{er} paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsque aucun autre arrangement n'a été convenu ». *A fortiori*, la directive permet de trouver un « arrangement » entre les parties au moyen de dispositions législatives. La substitution de la clause qui permettrait de maintenir le contrat suit donc l'objectif fixé par la directive et notamment son article 6 § 1 (ainsi que par la jurisprudence européenne).

L'objectif permet le maintien du lien contractuel et protège les intérêts du consommateur¹⁴⁵⁹. De ce fait, si l'on a pu considérer au regard de l'arrêt « Banco » que l'article 6 § 1 de la directive n'offrait aucune autre possibilité au juge que celle de la suppression ou de l'anéantissement, la disposition ne rejette pas la possibilité de la

¹⁴⁵⁸ *Lex specialis derogat legi generali* : « Les règles spéciales dérogent aux règles générales ».

¹⁴⁵⁹ Point n° 83 de l'arrêt : « En revanche, si, dans une situation telle que celle en cause au principal, il n'était pas permis de substituer à une clause abusive une disposition à caractère supplétif, obligeant le juge à annuler le contrat dans son ensemble, le consommateur pourrait être exposé à des conséquences particulièrement préjudiciables, de sorte que le caractère dissuasif résultant de l'annulation du contrat risquerait d'être compromis ».

Point n° 84 de l'arrêt : « En effet, une telle annulation a en principe comme conséquence de rendre immédiatement exigible le montant du prêt restant dû dans des proportions risquant d'excéder les capacités financières du consommateur et, de ce fait, tend à pénaliser celui-ci plutôt que le prêteur qui, par voie de conséquence, ne serait pas dissuadé d'insérer de telles clauses dans les contrats qu'il propose ».

substitution. En effet, la directive se bornait à prévoir que « les clauses abusives [...] ne lient pas les consommateurs [...] » et que « [...] le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s’il peut subsister sans les clauses abusives ». Le « si » était, semble-t-il, pleins de promesses...

De manière générale, nous avons pu nous rendre compte de l’importance de l’effectivité du droit européen de la consommation ; pour autant, en droit du crédit, cet « effet utile » se heurte à la particularité des sanctions qui existent en droit de la consommation. Le droit du crédit à la consommation présente à la fois l’intérêt et l’inconvénient de mêler les sanctions spéciales à celles de droit commun. Cette mixité amène la Cour de justice à se demander si le relevé d’office du juge du caractère abusif d’une clause s’étend au prononcé de sa nullité, tout en laissant en suspens la question des sanctions du droit du crédit à la consommation.

Alors qu’il existe un souci de cohérence et de coopération entre le droit de l’Union et les droits nationaux, le livre vert de 2001¹⁴⁶⁰ exprimait le désir de voir le droit de la consommation régi non par les interprétations ponctuelles de la Cour de justice mais par les Etats eux-mêmes soutenus par la Commission¹⁴⁶¹. Dans cette perspective, le droit européen est à nouveau intervenu dans le sens d’une affirmation de l’office du juge en droit de la consommation. Ce dernier encourage le législateur national à accorder aux juges une autonomie au moyen d’une réforme du Code de la consommation surprenante, mais attendue.

¹⁴⁶⁰ Livre vert sur la protection des consommateurs dans l’Union européenne, 2 octobre 2001 (COM/2001/0531) : « Il a été démontré que l’autorégulation constitue un complément potentiellement utile à la réglementation qui peut réduire la nécessité d’une législation très détaillée et comporter des avantages pour les consommateurs ».

¹⁴⁶¹ M. LUBY, «TROP NE VAUT RIEN! (Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)», *JCP CCC*, janvier 2004, n° 1, p. 6, *précité*.

CONCLUSION DE CHAPITRE

660. L'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice suit le fil directeur déroulé par l'arrêt « Pannon ». La Cour de justice apporte une évolution du relevé d'office tant au regard de son intensité que de ses effets.

D'abord, le principe nouveau de l'obligation prend naissance ; il est largement suivi au sein de la jurisprudence de la Cour de justice. Il remet en question le droit interne établi sur le principe de la faculté. Bien que le droit interne connaisse des cas d'obligations du relevé d'office à travers la liste noire de clause présumées abusives, cette différence entre le droit de l'Union et le droit interne quant à l'intensité du relevé d'office ouvre une nouvelle exception : celle issue de la nature européenne des dispositions consuméristes.

L'arrêt « Pannon » en profite pour clarifier les critères de détermination des clauses abusives. L'« appréciation circonstanciée », est la méthode qui doit être appliquée par les juges. S'ajoute, en droit interne, la distinction entre la « conviction » du caractère abusif de la liste « noire » et la « présomption » de la liste « grise » du décret de 2009. Le principe « *da mihi factum* » est revisité : la Cour de justice décide que le juge doit prendre d'office des mesures d'instruction si les éléments de fait et de droit ne sont pas suffisants pour qualifier la clause d'abusive. La Cour de justice libère le juge des limites posées par les éléments qui conditionnent l'exercice de son office.

Quant aux effets du relevé d'office, la clause abusive ne « lie pas » le consommateur : la nullité de la clause est préférée (sa substitution étant admise), d'autant que la Cour de justice lui reconnaît un effet *erga omnes*. Rappelant les termes de la directive, elle consacre un « automatisme » de la nullité et libère le juge de la demande du consommateur en ce sens. La seule exception à ce dépassement de la prétention résulte d'une « renonciation » du consommateur au bénéfice de cette nullité. Elle rappelle que le relevé d'office ne s'exonère pas du principe du contradictoire.

L'évolution du relevé d'office prend forme en droit européen. L'ensemble de ses suggestions ne seront reçues que pour partie par le législateur français.

CHAPITRE 2

LE RELEVÉ D'OFFICE REÇU PAR LE LÉGISLATEUR FRANÇAIS

A la suite de l'ensemble de la jurisprudence évoquée et surtout de la directive du 25 octobre 2011 Le législateur français va prendre des mesures dans le sens de la protection du consommateur. Elles vont cependant se distinguer de celles du droit européen ; le relevé d'office du juge ne sera pas consacré de la même manière.

661. L'initiative européenne. – La directive du 25 octobre 2011¹⁴⁶² réforme depuis peu le droit de la consommation sur bien de ses aspects. Cette directive d'harmonisation maximale¹⁴⁶³ et à caractère impératif¹⁴⁶⁴, entraîne l'abrogation des directives du 20 décembre 1985 et du 20 mai 1997¹⁴⁶⁵, qu'elle rassemble sous une seule unité pour assurer une meilleure cohérence et application du droit de la consommation¹⁴⁶⁶; elle apporte aussi des modifications

¹⁴⁶² Directive n° 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 « relative aux droits des consommateurs » (cette directive est issue d'un long travail législatif ; sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, v. S. WHITTAKER : « Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' "harmonisation complète" », *D.* 2009, p. 1152).

¹⁴⁶³ Article 4 de la directive 2011/83/UE, « Niveau d'harmonisation » : « Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ».

¹⁴⁶⁴ Article 25 de la directive 2011/83/UE, « Caractère impératif de la directive » : « Si le droit applicable au contrat est le droit d'un État membre, le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par les dispositions nationales transposant la présente directive.

Toute clause contractuelle qui, d'une manière directe ou indirecte, écarte ou limite les droits découlant de la présente directive ne lie pas le consommateur ».

¹⁴⁶⁵ Considérant n° 64 de la directive 2011/83/UE : « Il convient d'abroger les directives 85/577/CEE et 97/7/CE ».

¹⁴⁶⁶ Considérant n° 2 de la directive 2011/83/UE : « Ces directives ont été réexaminées à la lumière de l'expérience acquise, dans le but de simplifier et d'actualiser les règles applicables et d'en éliminer les incohérences et les lacunes indésirables. Ce réexamen a montré qu'il convient de remplacer ces deux directives par une seule » ; article 31 de la directive 2011/83/UE, « Abrogation » : « La directive 85/577/CEE et la directive 97/7/CE, telle que modifiée par la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre

à celles 93/13/CEE et 1999/44/CE¹⁴⁶⁷. Elle s'attache à la promotion des contrats de vente à distance pour lesquels « [...] une harmonisation complète de l'information des consommateurs et du droit de rétractation [...] contribuera à un niveau de protection élevé des consommateurs et à un meilleur fonctionnement du marché intérieur [...] »¹⁴⁶⁸, et s'impose aux Etats-membres au nom du principe de subsidiarité¹⁴⁶⁹.

662. La loi « Hamon ». – Intervenue en mars 2014 (soit, avec trois mois de retard), la loi de transposition n° 2014-344 du 17 mars 2014 « relative à la consommation », ou loi « Hamon » (de son initiateur Benoît HAMON, ministre chargé de la Consommation et de l'Économie sociale et solidaire) a réformé plusieurs aspects du droit de la consommation. Ses décrets d'application qui devaient intervenir le 26 juillet, ne devaient finalement être pris qu'en fin d'année. Le décret n° 2014-1061 sera finalement adopté le 17 septembre 2014¹⁴⁷⁰.

663. En bref. – Pour décrire de manière succincte la riche « mosaïque »¹⁴⁷¹ de 161 articles élaborée par la loi « Hamon », et qui ne transpose pas uniquement des mesures dégagées par la directive mais s'enrichit aussi de certaines dispositions strictement « françaises », il faut d'abord préciser qu'elle intervient dans différents domaines, modifiant à la fois le Code civil, le Code des assurances, le Code de commerce, le Code de la consommation, etc. : elle apporte, notamment, une modification du droit de la distribution¹⁴⁷²

2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et par les directives 2005/29/CE et 2007/64/CE, sont abrogées à compter du 13 juin 2014.

Les références aux directives abrogées s'entendent comme faites à la présente directive et sont à lire selon le tableau de correspondance figurant à l'annexe II ».

¹⁴⁶⁷ Considérant n° 63 de la directive 2011/83/UE : « Il convient de modifier les directives 93/13/CEE et 1999/44/CE pour obliger les États membres à informer la Commission quant à l'adoption de dispositions nationales spécifiques dans certains domaines » ; articles 32 (« Modification de la directive 93/13/CEE ») et 33 (« Modification de la directive 1999/44/CE ») de la directive 2011/83/UE.

¹⁴⁶⁸ Extrait du considérant n° 5 de la directive 2011/83/UE.

¹⁴⁶⁹ Considérant n° 65 de la directive 2011/83/UE : « Étant donné que l'objectif de la présente directive, à savoir contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection du consommateur, au bon fonctionnement du marché intérieur, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc être mieux réalisé au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité sur l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

¹⁴⁷⁰ Sur ce décret : X. DELPECH, « Information et droit de rétractation des consommateurs : le décret est paru », *Dalloz Actualité - Le quotidien du droit*, 23 septembre 2014.

¹⁴⁷¹ Expression empruntée à S. PIEDELIÈVRE, « Bref aperçu sur la loi du 17 mars 2014 sur la consommation », *JCP N*, 18 avril 2014, n° 16-17, act. 519, *précité*.

¹⁴⁷² A titre d'exemple, la loi Hamon a apporté une modification de la publication des délais de paiement (L.441-6-1 du Code de commerce), et des obligations des parties (fournisseur/distributeur), ainsi que les mentions devant être obligatoirement mentionnées dans la convention unique/contrat cadre (L.441-7 du Code de commerce).

mais aussi des contrats conclus à distance et hors établissement¹⁴⁷³, renforce les obligations d'informations mises à la charge des professionnels¹⁴⁷⁴, encadre les modes de distribution de produits de consommation alimentaires ou de santé¹⁴⁷⁵, alourdit les sanctions pénales¹⁴⁷⁶, poursuit la lutte contre le « crédit responsable »¹⁴⁷⁷ amorcée par la loi « Lagarde »¹⁴⁷⁸, abroge l'article 2422 du Code civil, soit l'« hypothèque rechargeable »¹⁴⁷⁹ mise en place par N. SARKOZY, « légalise » la définition du consommateur¹⁴⁸⁰, facilite la procédure de

¹⁴⁷³ Articles 6 à 16 de la directive et L.121-16 s. du Code de la consommation; Sur cette question, v. C. AUBERT DE VINCELLES, «Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur», *D.* 2014, p. 879, § 16 à 26 inclus.

¹⁴⁷⁴ Articles 5 et 6 de la directive et L.111-1 s. du Code de la consommation ; la réforme entend ne plus faire de distinction entre l'obligation d'information à la charge des vendeurs ou des prestataires de services.

¹⁴⁷⁵ Articles 6 de la loi *Hamon* ; article L.112-11 s. du Code de la consommation.

¹⁴⁷⁶ Aggravation des sanctions pénales de manière générale par une augmentation des peines de prisons et de l'amende (et qui remet en cause la « dépenalisation » souhaitée du droit de la consommation) ; celle-ci est par ailleurs alourdie d'une somme calculée sur la base d'un pourcentage à partir du chiffre d'affaire ; et/ou prononcé de peines complémentaires parfois cumulatives (par un renvoi à l'article 131-27 du code pénal) ; tel est le cas, par exemple, pour les pratiques commerciales trompeuses (articles L.121-6, alinéas 2 et 3 du Code de la consommation), pour l'abus de faiblesse (article L.122-8, alinéas 2 et 3 du Code de la consommation) ou pour les ventes ou prestations dites « à la boule de neige » (article L.122-7, alinéas 2 et 3 du Code de la consommation). La sévérité de la sanction avait été soulevée par les requérants lors de la saisine du Conseil constitutionnel le 17 février 2014 (considérant 84) : « [...] ces sanctions, par leur caractère disproportionné, peuvent mettre en péril l'activité des entreprises et porter atteinte à la liberté d'entreprendre » ; cette critique avait pourtant été évacuée par le Conseil (considérant 86 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-690 du 13 mars 2014) : « [...] en elles-mêmes, ces sanctions pénales ne revêtent pas un caractère manifestement disproportionné ; que, toutefois, lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ; qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence ».

¹⁴⁷⁷ Cette lutte vise à éviter l'endettement excessif dû à la souscription des crédits « renouvelables », ou crédit *revolving*, dangereux pour le consommateur car il peut difficilement prendre à l'avance la mesure de son engagement ; elle se traduit par la mesure suivante : pour tous crédits supérieurs au seuil réglementaire, le crédit amortissable doit être proposé au consommateur comme une alternative au crédit renouvelable (article L. 311-8-1 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} juillet 2010) ; la loi *Hamon* crée un nouvel alinéa 10 à l'article L.311-16 du Code de la consommation qui renforce l'information du consommateur lors de la reconduction du contrat de crédit.

¹⁴⁷⁸ Loi du 1^{er} juillet 2010 n° 2010-737 de transposition de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986, *précité* ; la loi « Lagarde » avait imposé aux professionnels de laisser le choix aux consommateurs entre un crédit classique et un crédit renouvelable pour un prêt de plus de 1 000 euros ; la réforme avait aussi instauré une accélération du remboursement des crédits renouvelables pour en réduire les coûts, un renforcement des obligations des professionnels en matière de consultation du FICP, et d'information des consommateurs, une amélioration des procédures de surendettement (accélération, suspension des voies d'exécution en cas de recevabilité du dossier, réduction de la durée des plans et des mesures de surendettement, maintien de services bancaires, etc.)

¹⁴⁷⁹ Sur cette question : A. GOURIO, «Feu l'hypothèque rechargeable. - (article 46 du projet de loi relatif à la consommation)», *JCP E*, 13 mars 2014, n° 11, act. 185, et N. MATHEY et J. WERNER, «La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire», *RD ban. fin.* mars 2014, n° 2, étude 6.

¹⁴⁸⁰ Cf. note 8.

traitement des situations de surendettement¹⁴⁸¹, redéfinie l'obligation de livraison et le transfert des risques¹⁴⁸², etc. Si la création d'un registre national des crédits aux particuliers (R.N.C.P.¹⁴⁸³), considéré comme « [...] le dispositif le plus important prévu dans le cadre de la responsabilisation des prêteurs [...] »¹⁴⁸⁴ et de la prévention¹⁴⁸⁵ a fait l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel¹⁴⁸⁶, la loi « Hamon » assure aussi et surtout la protection des consommateurs dans l'exécution du contrat : allongement du droit de rétractation¹⁴⁸⁷, renonciation et résiliation dans les contrats d'assurance¹⁴⁸⁸, allongement du délai de garantie pour 2016¹⁴⁸⁹, etc. Même si elle peut être critiquée sur certains de ses points¹⁴⁹⁰, la loi permet à l'évidence une véritable évolution du droit de la consommation.

¹⁴⁸¹ La loi *Hamon* modifie les articles L. 331-6, L.332-10 et L.333-4 du Code de la consommation pour une réduction de la durée des plans conventionnels de redressement.

¹⁴⁸² Articles 18 et 20 de la directive et articles L.138-1 à L.138-6 du Code de la consommation (issus du nouveau chapitre VIII : « Livraison et transfert de risque »).

¹⁴⁸³ Sur ce fichier dit « positif », v. D. LEGEAI, « Histoire d'un mort-né », *RD ban. fin.* mars 2014, n° 2, repère 2.

¹⁴⁸⁴ V. CADORET, et al., « Simon Associés », « Vade-mecum de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite "loi Hamon" », *LPA*, 7 avril 2014, n° 69, p. 4.

¹⁴⁸⁵ D. LEGEAI, « Histoire d'un mort-né », *RD ban. fin.* mars 2014, n° 2, repère 2, *précité* : « [...] le fichier aurait pu avoir une fonction préventive utile. Il aurait facilité les refus de crédit et par la même prévenu des actions en responsabilité ». Cet effet préventif reste discutable, un tel fichier aurait surtout permis de retenir plus facilement la responsabilité des professionnels n'ayant pas consulté ce registre lors de l'octroi des prêts, car l'article L.333-8 leur en imposait l'obligation.

¹⁴⁸⁶ Les requérants avaient saisi le Conseil constitutionnel pour dénoncer, entre autres, « [...] une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée [...] » ; cette critique est recevable pour le conseil qui décide : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur du traitement, à la fréquence de son utilisation, au grand nombre de personnes susceptibles d'y avoir accès et à l'insuffisance des garanties relatives à l'accès au registre, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi ; que, par suite, les dispositions de l'article 67 doivent être déclarées contraires à la Constitution ; qu'il en va de même, par voie de conséquence, des dispositions des articles 68 à 72, qui en sont inséparables », DC, 13 mars 2014, n° 2014-690, considérant 57 ; *RTD com.* 2014, p. 163, note D. LEGEAI (plus qu'un moyen pour les professionnels de connaître la situation de solvabilité du débiteur, ce fichier aurait surtout permis au juge de pouvoir engager leur responsabilité en cas de crédit excessif).

¹⁴⁸⁷ Le délai passe de 7 à 14 jours (articles 9 à 16 de la directive et L.121-21 s. du Code de la consommation). Si le professionnel manque à son obligation d'information du droit de rétractation le délai passe maintenant à 12 mois (article L.121-21-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation). Une des exceptions de l'exercice de ce droit, tiré de la personnalisation du bien (biens « nettement personnalisés ») a été précisée par la Cour de cassation (sous l'ancienne disposition) : Cass, 1^{re} civ. 20 mars 2013, n° 12-15.052, Bull. civ. 2013, I, n° 54 ; D. 2013, p. 830, note X. DELPECH ; D. 2013, p. 2050, note I. DARRET-COURGEON.

¹⁴⁸⁸ Une liste réglementaire fixera les contrats d'assurance pouvant être résiliés à tout moment à partir d'une année d'engagement ; une renonciation est désormais possible sous 14 jours si le consommateur s'aperçoit qu'il est déjà assuré pour le même risque ; cf. articles L.113-12-1, L.113-12-2 et L.112-10 du Code des assurances ; sur cette question, v. A. PELISSIER, « La protection par la renonciation et la résiliation : le volet substantiel de la loi Hamon », *Revue générale du droit des assurances*, 1^{er} mai 2014, n° 5, p. 313.

¹⁴⁸⁹ Le délai d'action en garantie de conformité passera de 6 mois à 2 ans pour la vente de meubles neufs.

¹⁴⁹⁰ L. MAYAUX, « Propos impertinents sur la loi Hamon », *Revue générale du droit des assurances*, 1^{er} avril 2014, n° 4, 189 : « pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? ».

664. Et le relevé d'office du juge ? – Cette loi doit être confrontée à la question du relevé d'office du juge, dont les contours avaient déjà été dégagés par la jurisprudence européenne. Ce sont les mesures relatives aux sanctions, réformées par la loi « Hamon », qui retiendront notre attention et domineront dans ce développement. Le droit national a intégré différents types de sanctions à la suite de l'entrée en vigueur de la loi de transposition : celles « judiciaires » en raison de leur prononcé par le juge, et celles « administratives » en raison de leur prononcé par l'administration et pour lesquelles un court développement sera consacré. La question du relevé d'office du juge au regard de la loi « Hamon » révèle un intérêt particulier à travers le renforcement des pouvoirs de contrôle de la Direction Générale de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, et l'émergence de l'action de groupe ; l'ensemble partage le même objectif : la protection des consommateurs.

Il convient aussi de s'interroger sur les pouvoirs de « sanction » du juge à l'égard d'une clause abusive. Ce domaine caractérise la principale réforme intervenue en droit interne à travers la loi de transposition. La question se posera de savoir si ce point participe réellement de l'effectivité du droit de la consommation.

Au regard de ce qui précède, le relevé d'office du juge ne sera que relativement consacré dans la protection des consommateurs en droit interne (**Section 1**) ; on constate à l'inverse, qu'il sera relativement évincé (**Section 2**) par plusieurs des dispositions prévues par la réforme « Hamon » elle-même.

SECTION 1

UN RELEVÉ D’OFFICE RELATIVEMENT CONSACRÉ POUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Conformément à la jurisprudence européenne évoquée, la nullité de la clause abusive est enfin consacrée en droit interne (§ 1). Toutefois, la sanction de la déchéance du droit aux intérêts au niveau du crédit à la consommation n’a pas été réformée ; cette sanction n’a fait l’objet que d’une adaptation (§2) par la Cour de justice aux exigences d’effectivité du droit de la consommation.

§1. La nullité de la clause abusive consacrée en droit interne

665. A l’origine, il était souhaité qu’un 6^e alinéa complète l’article L.132-1 du Code de la consommation. L’article 10, IV, du projet de loi déposé par la ministre C. LAGARDE prévoyait que : « Le sixième alinéa de l’article L. 132-1 du même code est complété par la phrase suivante : " Le juge écarte d’office, après avoir recueilli les observations des parties, l’application d’une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat " ». Si le projet a finalement été abandonné, les termes de cet alinéa ont été reportés mot pour mot au sein du second alinéa de l’article L.141-4 du même code.

666. Le nouvel article L. 141-4, alinéa 2. – Issu de l’article 81-I de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, l’article L.141-4 du Code de la consommation se compose désormais d’un second alinéa¹⁴⁹¹ rédigé de la manière suivante : « Il écarte d’office, après avoir recueilli les observations des parties, l’application d’une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ». La loi « Hamon », sur ce point, intervient au sein du Code de la consommation comme la « suite » de la loi « Chatel ». Le premier alinéa de l’article accorde le pouvoir du relevé d’office au juge ; le second en définit les effets. Conformément aux exigences du droit de l’Union, et dans la suite logique de la jurisprudence européenne précédemment exposée, il entre dans la mission du juge de prononcer d’office la nullité d’une clause abusive.

¹⁴⁹¹ Le premier étant toujours rédigé de la manière suivante : « Le juge peut soulever d’office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

667. Mise en perspective du droit européen. – La consécration du prononcé d’office de la nullité de la clause doit être mise en perspective du droit européen dont on peut considérer qu’il en est l’instigateur.

De toutes les réformes apportées par la loi « Hamon », c’est la plus représentative de la volonté du législateur de se conformer aux exigences du droit européen de la consommation. Cependant, elle révèle aussi des faiblesses : « Cette modification du texte visait du reste à mettre notre droit en conformité avec la jurisprudence de la CJUE. Le résultat est mitigé »¹⁴⁹². Cette « conformité, bien que partielle, avec le droit européen »¹⁴⁹³ (I) souligne un « décalage » lui aussi partiel, avec le droit interne (II).

I. Une conformité partielle avec le droit européen

Cet alinéa participe de l’effet utile du relevé d’office en offrant une conséquence pratique au premier alinéa du même article. Ce second alinéa semble répondre précisément à la jurisprudence européenne qui avait à plusieurs reprises été amenée à se pencher sur les effets du relevé d’office du juge tant souhaité¹⁴⁹⁴. L’obligation du relevé d’office du juge est désormais acquise en droit interne (A), tout comme la sanction de la nullité de la clause (B).

A. L’obligation du relevé d’office conforme au droit européen

En réformant la sanction de la clause abusive, le législateur reproduit la signature de la jurisprudence de l’Union européenne. Cette dernière avait considéré, dès l’arrêt « Pannon »¹⁴⁹⁵ en 2009, que le relevé d’office de la nullité était une obligation pour le juge qui découlait d’une lecture stricte de la directive. Par l’emploi de l’expression « d’office » au présent, le législateur français ne laisse aucun doute aux juges quant à l’intensité du relevé d’office du juge, commune avec celle reconnue en droit européen (1) et qu’il soumet à la même condition essentielle (2).

¹⁴⁹² H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation mars 2013 - mars 2014 », *D.* 2014, p. 1297, *précité*.

¹⁴⁹³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC*, 1^{er} septembre 2014, n° 3, p. 471.

¹⁴⁹⁴ Cf. note 620 s.

¹⁴⁹⁵ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Györfi*, *précité*.

1° L'intensité commune du relevé d'office du juge

668. Le 6^e alinéa. – On peut s'étonner de voir que cet alinéa renvoi au 6^e de l'article L.132-1 du Code de la consommation : « Les clauses abusives sont réputées non écrites ». Le fait pour le juge de devoir écarter d'office l'application d'une clause abusive n'est que la concrétisation du « réputé non écrit ». Le fait que la clause soit non écrite implique qu'elle soit nulle ; consacrer au sein d'un alinéa le fait de devoir prononcer cette nullité semble redondant.

Le 6^e alinéa de l'article L.132-1 n'est prévu qu'à l'égard des clauses abusives dans un chapitre spécifique, alors que le premier alinéa de l'article L.141-4 a une portée plus générale. Dans quelles circonstances le second alinéa de l'article L.141-4 du code pourrait-il être appliqué si ce n'est à l'occasion du caractère abusif d'une clause ? La sanction de la nullité de la clause était restée en retrait ; la loi « Hamon » tente de lui donner la même effectivité. Le 6^e alinéa ne suffisait pas pour reconnaître au juge la possibilité d'écarter la clause jugée abusive sans que le consommateur n'en fasse la demande, ce que le second de l'article L.141-4 lui donne le devoir de faire : « Pour lutter efficacement contre les clauses abusives, il ne suffit pas de les réputer non écrites, il faut qu'elles ne soient pas écrites du tout »¹⁴⁹⁶.

En réalité, le 6^e alinéa ne précisait pas dans quelle mesure le juge pouvait relever d'office la nullité de la clause ; sur cette question, il fallait se tourner vers le premier alinéa de l'article L.141-4 qui n'accordait au juge qu'une faculté de relever d'office toutes les dispositions du Code et donc la nullité de la clause. Désormais, le second alinéa le lui oblige. Le législateur a entendu tirer toutes les conséquences du caractère abusif de la clause sans que la question ne pose de difficulté quant à l'intensité du relevé d'office du juge.

Pourtant, par la primauté du droit de l'Union et la consécration de l'obligation du relevé d'office par le juge européen, le juge a l'obligation de relever d'office les moyens de droits consuméristes d'origine européenne ; l'article L.132-1 du Code de la consommation en est lui-même issu.

¹⁴⁹⁶ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ.* 1994, p. 239.

2° La condition essentielle commune au relevé d’office du juge

669. Le principe du contradictoire. – Le nouvel alinéa précise que le relevé d’office n’aura lieu qu’« après avoir recueilli les observations des parties » : il implique donc un respect du contradictoire, que ne précisait pas le premier alinéa. Le juge est toujours tenu au respect du contradictoire lorsqu’il relève un moyen d’office¹⁴⁹⁷ ; le préciser au sein du premier alinéa est donc inutile. En formulant cette précision au second alinéa, le législateur rappelle la jurisprudence « Pannon » et « Banif Plus Bank »¹⁴⁹⁸ pour laquelle le contradictoire est le moyen de s’assurer que le consommateur ne s’oppose pas au relevé d’office exercé par le juge. Le juge doit respecter le principe du contradictoire : le fait d’écarter d’office une clause n’entre pas dans le champ d’application de l’article 16 du CPC.

En effet, ce dernier n’impose le respect du contradictoire que pour les moyens, les explications et documents produits par les parties et retenus par le juge dans sa décision. Un contradictoire s’applique aussi aux moyens relevés d’office par le juge, ce qui renvoie au premier alinéa de l’article L.141-4 du Code de la consommation. Le second ne fait que réglementer les effets d’un tel relevé d’office : écarter la clause dont le caractère abusif a été relevé d’office.

Si la clause litigieuse répond aux conditions énoncées à l’article L.132-1 du Code de la consommation, le relevé d’office imposé au juge vise précisément le prononcé de sa nullité et non pas du contrat en son entier.

B. La nullité de la clause conforme au droit européen

670. La nullité de la clause, unique option. – Le texte nouveau intègre la jurisprudence de la Cour de justice quant aux effets du relevé d’office. Cette dernière avait reconnu une consécration vers une préférence pour la nullité de la clause et non pour celle du contrat¹⁴⁹⁹. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, le juge doit s’efforcer de prononcer la nullité de la clause et, par défaut seulement, le contrat s’il ne peut subsister sans elle. La réforme respecte cette approche européenne. Mais elle pose la question du sort du contrat : qu’en est-il si la clause ne peut être annulée sans que le contrat, dans son ensemble, en soit

¹⁴⁹⁷ Cf. p. 77.

¹⁴⁹⁸ CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, précité.

¹⁴⁹⁹ Cf. p. 504.

affecté ? Doit-on s'en référer à l'article L.132-1, alinéa 8¹⁵⁰⁰ ? Pourtant, l'exigence du texte qui impose au juge de simplement écarter la clause abusive pose de nouvelles questions liées aux diverses options soulevées par la Cour de justice et relatives à l'anéantissement du contrat, et à la substitution de la clause. Faut-il en conclure à l'abandon de ces options ? La réponse est mitigée car la directive de 1993 avait insisté sur le maintien du contrat ; elle avait pourtant semblé laisser la voie ouverte à d'autres possibilités.

Quelques références aux différents arrêts rendus par la Cour de justice peuvent être faites à la lecture du nouvel alinéa ; toutefois, le législateur n'a pas souhaité faire une transposition parfaite des décisions.

II. Un « décalage » partiel avec le droit européen

Le droit interne se trouve en décalage avec le droit européen : la réforme de l'article L.141-4 du Code de la consommation (A), en témoigne. Diverses raisons expliquent ce « décalage » (B).

A. Le « décalage » de l'article L.141-4

Le juge doit relever d'office la nullité de la clause ; il « peut » seulement relever le caractère abusif et doit s'en tenir aux éléments du débat. Le décalage de l'article L.141-4 du Code de la consommation par rapport au droit européen résulte de la rédaction choisie pour son second alinéa (1), mais aussi pour le premier (2), inchangé depuis la loi « Chatel ».

1° Au regard du second alinéa

671. La mention des « éléments du débat ». – Le caractère abusif doit ressortir des éléments du débat : ces derniers doivent être apportés par les parties avant que le juge ne puisse faire usage de son pouvoir de relevé d'office à l'égard de la clause litigieuse. Contrairement à l'arrêt « Lizing »¹⁵⁰¹, le juge ne peut être au fait de la nature abusive de la clause que si les parties lui ont donné les moyens (de faits) pour y parvenir : « dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ». Il n'existe pas d'obligation à la charge du

¹⁵⁰⁰ Article L.132-1, alinéa 8 du Code de la consommation : « Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

¹⁵⁰¹ CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, VB Pénzügyi Lízing, précité.

juge de dépasser ces moyens par le biais des mesures d'instructions telles que la Cour l'avait décidé dans l'arrêt précité. Le législateur français s'en tient (pour le moment) à une faculté pour le juge d'ordonner ces mesures¹⁵⁰².

En un sens, le législateur français s'aligne sur la jurisprudence européenne car il consacre le dépassement de la demande en nullité du consommateur ; celle-ci peut être prononcée sans méconnaître les prétentions des parties.

672. L'absence de la « renonciation ». – Il est permis de se demander si le consommateur pourrait s'opposer au relevé d'office de la nullité. L'arrêt « Pannon » et les arrêts suivants prévoyaient qu'une « renonciation » du consommateur était possible. On comprend, à la lecture du texte, que le relevé d'office est une obligation du juge qui découle directement du caractère abusif, sans échappatoire possible. L'usage du présent n'est que trop significatif : « Il écarte d'office ». « Les observations des parties » ne lui permettent que de respecter le contradictoire ; on peut imaginer que cette soumission du relevé d'office de la nullité au débat ne permet au juge que de respecter le contradictoire et de permettre au professionnel de s'en expliquer.

Il est intéressant d'observer qu'au lieu d'améliorer, réformer ou consacrer une obligation du relevé d'office du juge au premier alinéa, un second, relatif aux effets de la faculté du relevé d'office, lui est ajouté.

2° Au regard du premier alinéa

L'alignement est surtout dit « partiel » au regard des exigences du droit européen de la consommation ; la consécration de la faculté du relevé d'office par la loi « Chatel », qui avait l'objet de vives critiques¹⁵⁰³, n'a pas été remise en cause par la loi « Hamon » : la faculté du relevé d'office, pour l'ensemble des dispositions du Code de la consommation demeure. Le fait que le juge ait créé cet alinéa démontre qu'il fait une différence : obligation pour la nullité, faculté pour le caractère abusif (puisque l'article L.132-1 fait partie des dispositions pouvant être relevées d'office). Les difficultés d'appréciation quant à l'intensité du relevé d'office ne sont donc toujours pas closes quant à l'application du premier alinéa.

¹⁵⁰² Le Code de procédure civile qui est applicable, ne connaît toujours qu'une faculté pour le juge de demander des explications de fait (article 8 du code), ou d'ordonner des mesures d'instruction (article 10 du code).

¹⁵⁰³ Cf. note 466 s.

L'obligation du relevé d'office de la nullité de la clause est dépendante du relevé d'office du caractère abusif de la clause qui relève de la faculté du juge. Si l'article L.141-4 est cohérent, il est regrettable.

673. Un peu d'insécurité juridique. – De plus, il crée une scission entre les clauses abusives et les autres dispositions du code. Sur ce point, L. MAYER considère que l'arrêt du 19 février 2014 rendu par la Cour de cassation¹⁵⁰⁴ est encore plus difficile à comprendre. Elle se demande finalement si « [...] cette nouvelle rédaction [est] conforme à la jurisprudence de la CJUE », ajoutant que « l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007 avait pour ambition de restaurer un peu de sécurité juridique en matière d'office du juge. Force est de constater qu'en droit de la consommation tout du moins, cet espoir est, à l'heure actuelle, déçu »¹⁵⁰⁵.

Cette « impression » d'insécurité juridique est confortée par un récent arrêt du 1^{er} octobre 2014¹⁵⁰⁶ par lequel la Cour déclare « [...] que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif des clauses contractuelles invoquées par une partie dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires [...] ». La Cour rappelle la jurisprudence de la Cour de justice constante depuis l'arrêt « Pannon »¹⁵⁰⁷. Les juges du fond comprennent que les décisions rendues par eux et dans lesquelles le moyen tiré du caractère abusif de la clause n'a pas été relevé d'office peuvent être sanctionnées par la Cour de cassation. Il faut nuancer la portée de l'arrêt rendu qui n'impose pas une obligation générale du relevé d'office du caractère abusif des clauses. L'arrêt en question sanctionnait une solution de rejet d'une demande en suppression de clauses abusives formulée par une association en vertu de l'article L.421-6 du Code de la consommation. Le juge avait rejeté la demande au motif qu'elle ne visait que l'ancien contrat modifié par le professionnel en cause. La Cour considère que la demande n'était pas limitée à ce contrat. Si elle accompagne sa solution de l'obligation du relevé d'office du juge (« d'autre part »), c'est pour souligner la défaillance du juge qui n'aurait pas dû rejeter la demande formulée mais qui aurait dû constater le caractère abusif des clauses qui ressortait des éléments du débat. Un arrêt à replacer dans son contexte et qui témoigne de l'ascendance de la jurisprudence de la Cour de justice sur celle interne.

¹⁵⁰⁴ Cass, 1^{re} civ. 19 février 2014, n°12-23.519, Inédit, *précité*.

¹⁵⁰⁵ L. MAYER, « L'office du juge en droit de la consommation : nouvelle (im)précision », note sous Cass, 1^{re} civ. 19 février 2014, n°12-23.519, *Gaz. Pal.*, 27 mai 2014, n° 147, p. 38, *Gaz. Pal.*, 27 mai 2014, n° 147, p. 38, *précité*.

¹⁵⁰⁶ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} octobre 2014, n° 13-21.801, JurisData n° 2014-022600, *UFC 38 c/ La Mutualité française de l'Isère*.

¹⁵⁰⁷ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon*, *précité*.

Au lieu de venir réformer le « peut » pour un « doit » le législateur en a créé un second qui ne répond pas aux exigences du droit européen de la consommation. Ce faisant l’article L.141-4 du code mêle à la fois la faculté pour le relevé d’office des dispositions du code et l’obligation pour le relevé d’office de la nullité de la clause abusive, le tout assorti d’une jurisprudence soumise à l’influence évidente de la celle européenne et qui s’exprime ponctuellement.

B. Les raisons de ce « décalage »

674. Un décalage « théorique ». – Il faut d’abord nuancer la critique formulée à l’égard de la simple faculté maintenue quant au relevé d’office du caractère abusif de la clause. On sait que la jurisprudence française connaît des cas de relevés d’office obligatoires, et qu’il serait toujours possible d’interpréter, *via* une combinaison des articles 12 et L.141-4 une obligation du relevé d’office à la charge du juge ; d’autant que cette obligation existe réellement concernant les clauses présentes dans la liste « noire » du décret. Et d’une manière générale, rappelons qu’en pratique, les juges relèvent d’office les moyens tirés d’une méconnaissance d’une disposition issue du Code de la consommation¹⁵⁰⁸. Pourtant, la combinaison de ces articles est purement théorique car on sait que la faculté du relevé d’office est surtout celle qui convient à l’organisation du système juridique : il serait difficile, en pratique, que le juge se voit reprocher de ne pas avoir relevé d’office un moyen tiré du code.

Mais il peut lui être reproché de relever d’office le caractère abusif d’une clause sans en prononcer la nullité, par le nouvel alinéa de l’article L.141-4 du Code de la consommation. On comprend donc que le second alinéa n’est que la conséquence du premier et qu’il est dépendant du relevé d’office par le juge du caractère abusif de la clause. Il souffre donc de la même part d’insécurité juridique car le consommateur sera tributaire de la compétence et/ou de la « bienveillance » du juge ; il profitera de la sanction de la nullité de la clause selon que le juge aura relevé son caractère abusif. Le fait d’obliger légalement le juge à prononcer la nullité d’une clause dont il a la faculté de relever le caractère abusif permet simplement aux justiciables d’avoir un moyen de contraindre le juge à le faire.

Le sort de la clause est donc résolu : qu’en est-il de celui du professionnel ?

¹⁵⁰⁸ Cf. annexes 2 et 3 : entretiens avec le juge du TI de Nîmes du 18 septembre 2014, *précité* et avec G.FAUVET, juge du TI de Pertuis du 16 octobre 2014.

§ 2. La déchéance du droit aux intérêts adaptée en droit interne

675. La déchéance au soutien du formalisme contractuel. – « Le projet de réforme du crédit à la consommation pourrait, en formalisant les diligences du prêteur dans l'appréciation de la solvabilité de l'emprunteur, introduire en cas de manquement un cas de déchéance du droit aux intérêts. Le juge pourrait alors relever d'office un tel moyen par le biais du manquement au formalisme du contrat »¹⁵⁰⁹. Cette proposition pourrait contrarier les professionnels assujettis à de très nombreuses obligations¹⁵¹⁰ qu'ils disent avoir des difficultés à honorer par manque de temps et de moyens¹⁵¹¹ : « La loi Lagarde, comme le rappelait Maître Sandy Ramahandriarivelo, c'est d'abord une débauche de formalités : a minima 6 mentions obligatoires pour les publicités, 12 pour la FIP, 22 pour le contrat. Et encore, l'information continue lors de l'exécution du contrat »¹⁵¹². L'idée de la création d'un registre national des crédits aux particuliers a dû être abandonnée. La déchéance du droit aux intérêts demeure cependant ; la question du relevé d'office de cette sanction se pose, d'autant plus au regard des évolutions récentes en faveur d'une consécration toujours plus poussée du relevé d'office.

676. Le relevé d'office de la déchéance. – La création du second alinéa de l'article L.141-4 du code rappelle le débat quant au prononcé d'office de la déchéance du droit aux intérêts¹⁵¹³.

La loi « Hamon » se prononce sur le sort des clauses abusives et non sur celui de l'irrégularité d'une offre de crédit. Il n'y a que les clauses abusives qui aient été réformées par la loi « Hamon » ; les sanctions liées au crédit à la consommation sont restées inchangées. On en déduit que l'objectif premier de la loi « Hamon » était bien de définir les effets des clauses abusives. On remarque aussi que si la sanction de la déchéance date toujours de la réforme de 2010, seule la disposition relative aux amendes a été réformée. De toutes les autres

¹⁵⁰⁹ Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227, *précité*.

¹⁵¹⁰ Sur l'obligation de vérification de la solvabilité de l'emprunteur par le prêteur : G. POISSONNIER, note sous TI, Nogent-sur-Marne, 15 octobre 2013, n° 11-13000654, *Sté Sogefinancement c/ M. K., Mme Norval-Grivet*, *Gaz. Pal.* 5 décembre 2013, n° 339, p. 9 ; S. PIEDELIÈVRE, *Gaz. Pal.* 20 février 2014 n° 51, p. 17.

¹⁵¹¹ Cf. annexe 1 : entretien avec Maître C. ALLIEZ du mardi 29 juillet 2014 à Nîmes, *précité*.

¹⁵¹² X. LAGARDE, « Vers un nouveau droit de la consommation. - Rapport de synthèse », *RD ban. fin.* novembre 2011, n° 6, doss. 39.

¹⁵¹³ Sur cette sanction : M.-S. RICHARD, *Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit*, Rapport annuel, Conseiller Référendaire, Cour de cassation, 2004, en ligne : <www.courdecassation.fr>, accès : 19/10/2014, *précité*.

dispositions de la section « sanctions », c’est la seule sur laquelle la loi « Hamon » a manifesté de l’intérêt.

En réglementant précisément le sort de la clause sans donner aucune précision quant au sort du professionnel à l’occasion d’une irrégularité au sein d’une offre de contrat de crédit, le législateur renvoie au premier alinéa de l’article L.141-4 du Code de la consommation; par la consécration du relevé d’office au sein du code et visant l’ensemble des dispositions, la question de la sanction de l’irrégularité de l’offre de crédit était résolue. Le juge pouvait relever d’office la déchéance du droit aux intérêts qui en découle¹⁵¹⁴.

Le développement ne portera donc pas sur le relevé d’office ou non de la sanction de la déchéance mais sur ses modalités d’application. L’arrêt « Fesih Kalhan » en a récemment rappelé le principe (II). Le souci de l’« effet utile » du droit européen de la consommation est soulevé ; la Cour, à travers son application de la sanction de la déchéance en avait « oublié » le principe (I).

I. L’« oubli » de l’« effet utile » et la sanction de la déchéance

Deux arrêts rendus par la Cour de cassation illustrent l’« oubli » de l’« effet utile » du droit de la consommation : il s’agit des arrêts dits « Theret » (A), et « Sofinco » (B), rendus par la Cour à une année d’intervalle.

La difficulté tient, en droit du crédit à la consommation, au fait que les sanctions attachées aux manquements du professionnel à ses obligations, ont des conséquences pratiques considérables. Il n’est donc pas seulement question de connaître le sort de la clause et/ou du contrat dans lequel elle est insérée, mais surtout de connaître les effets concrets (financiers) du caractère abusif de la clause sur le professionnel qui en est l’auteur. Cette singularité réside dans une disposition du Code de la consommation réglementant la déchéance du droit aux intérêts : l’article L.311-48¹⁵¹⁵ (L.311-33 ancien).

¹⁵¹⁴ Cf. note 495.

¹⁵¹⁵ Article L.311-48 du Code de la consommation, *précité* : « Le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles dans les conditions fixées par les articles L. 311-6 ou L. 311-43, sans remettre et faire signer ou valider par voie électronique la fiche mentionnée à l'article L. 311-10, ou sans remettre à l'emprunteur un contrat satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 311-11, L. 311-12, L. 311-16, L. 311-18, L. 311-19, L. 311-29, le dernier alinéa de l'article L. 311-17 et les articles L. 311-43 et L. 311-46, est déchu du droit aux intérêts.

Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge. La même peine est applicable au prêteur qui n'a pas respecté les obligations fixées à l'article L. 311-21 et aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 311-44

A. L'arrêt « Theret » de la Cour de cassation

677. La nature du taux d'intérêt. – Le 26 novembre 2002¹⁵¹⁶, la Cour de cassation interprète les dispositions précitées à l'occasion de l'arrêt « Theret » ; elles n'empêchent pas le professionnel, déchu de son droit aux intérêts conventionnels, d'exiger le règlement des intérêts au taux légal : « Attendu qu'en se prononçant ainsi alors que, si pour le prêteur, l'absence d'offre préalable entraîne la déchéance du droit aux intérêts, l'emprunteur n'en reste pas moins tenu aux intérêts au taux légal depuis la mise en demeure [...] ». La solution rendue est singulière car elle fait une (nouvelle¹⁵¹⁷) application combinée des articles 1153 du Code civil¹⁵¹⁸ et L.311-33 du Code de la consommation¹⁵¹⁹. Ce faisant, elle place le consommateur dans une situation financière périlleuse. Par le jeu des dispositions du Code civil, elle implique que, libéré des intérêts conventionnels, le consommateur sera toujours tenu au paiement des intérêts au taux légal dont le montant, majoré, est à l'évidence considérable.

Si elle était jadis approuvée en raison d'une appréhension purement technique des textes en cause¹⁵²⁰, cette jurisprudence est désormais fortement critiquée par la doctrine en ce

ou lorsque les modalités d'utilisation du crédit fixées au premier alinéa de l'article L. 311-17 et au premier alinéa de l'article L. 311-17-1 n'ont pas été respectées.

L'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu, ainsi que, le cas échéant, au paiement des intérêts dont le prêteur n'a pas été déchu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux de l'intérêt légal à compter du jour de leur versement, sont restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû.

Le prêteur qui n'a pas respecté les formalités prescrites au dernier alinéa de l'article L. 311-46 et à l'article L. 311-47 ne peut réclamer à l'emprunteur les sommes correspondant aux intérêts et frais de toute nature applicables au titre du dépassement ».

¹⁵¹⁶ Cass, 1^{re} civ. 26 novembre 2002, n° 00-17.119, Bull. civ. 2002 I, n° 288, *Theret* ; *RTD Com.* 2003 p. 357, note B. BOULOC.

¹⁵¹⁷ Cette solution n'avait pas été retenue par des arrêts antérieurs : Cass, 1^{re} civ. 30 mars 1994, n° 92-17.048, Bull. civ. 1994, I, n° 126, p. 92 ; Cass, 1^{re} civ. 16 janvier 1996, n° 93-13.606, Bull. civ. I, n° 31, p. 20.

¹⁵¹⁸ Article 1153 du Code civil, § 1 à 3 : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit ».

¹⁵¹⁹ Article L.311-33 du Code de la consommation (devenu l'article L.311-48 depuis la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 : « Le prêteur qui accorde un crédit sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 311-8 à L. 311-13 est déchu du droit aux intérêts et l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux légal à compter du jour de leur versement, seront restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû ».

¹⁵²⁰ M.-S. RICHARD, *Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit*, Rapport annuel, Conseiller Référendaire, Cour de cassation, 2004 : « Cette solution a l'avantage d'uniformiser le régime des prêts à la consommation et des prêts immobiliers et d'être conforme à la règle posée par l'article 1153 du Code civil tout en restant compatible avec les dispositions du Code de la

que la décision prise par la Cour de cassation entre en contradiction avec le Code de la consommation « tant [dans] la lettre que [dans] l'esprit »¹⁵²¹ du texte. D'abord confirmée par la même chambre, la solution ne sera pas maintenue par la suite.

B. L'arrêt « Sofinco » de la Cour de cassation

678. Un arrêt rendu le 4 novembre 2003 par la Cour de cassation¹⁵²² ira dans le même sens que celui précédemment rendu.

Le litige porte sur un prêt proposé par un professionnel à un consommateur et dont l'offre préalable contenait une irrégularité. Après s'en être prévalu devant le juge, le consommateur obtient gain de cause. La Cour d'appel d'Angers prononce la sanction de la déchéance du droit aux intérêts à l'encontre de l'établissement de crédit et condamne les emprunteurs à lui payer une certaine somme avec des intérêts. En effet, le juge libère les consommateurs du paiement des intérêts conventionnels, mais pas de ceux légaux¹⁵²³. Le débiteur reste tenu aux intérêts au taux légal, en vertu d'une application de l'article 1153, alinéa 3 du Code civil relatif aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation¹⁵²⁴.

679. Un juge modérateur. – Le juge a donc un rôle important au regard des sanctions du droit du crédit, il peut moduler le sort de la clause abusive ; une modulation pouvant aller de la suppression de la clause abusive à l'annulation du contrat dans son entier. Il en est de même à l'égard de la déchéance du droit aux intérêts, même si la modulation n'est pas aussi simple... Mettant de côté la question spécifique du relevé d'office du juge de la déchéance du droit aux intérêts, se pose celle de l'office du juge au regard de cette sanction dans sa confrontation au souci de l'« effet utile », une exigence que semble remettre en cause la

consommation » ; B. BOULOC, « Inobservation des conditions légales. Perte du droit aux intérêts. Portée », *RTD Com.* 2003, p. 802 : « La solution adoptée [...] est pleinement justifiée ».

¹⁵²¹ G. POISSONNIER, « Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *D.* 2014, p. 1307.

¹⁵²² Cass, 1^{re} civ. 4 novembre 2003, n° 01-15.043, Inédit.

¹⁵²³ Sur cet arrêt, v. C. ALLIEZ, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation*, [Th. doct. sous la dir J.-L. RESPAUD : Droit privé et sciences criminelles : Montpellier I : 2008], *précité*, p.353.

¹⁵²⁴ Article 1153, alinéa 1^{er} du Code civil : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement » ; même article, alinéa 3 : « Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit ».

jurisprudence interne. D'abord confirmée par la même chambre¹⁵²⁵, cette solution était critiquée par l'application de l'article 1153 du Code civil faite par le juge ; c'est l'ancien article L.311-33 du Code de la consommation qui devrait être mis en jeu en vertu de la règle exprimée par l'adage « *specialia generalibus derogant* »¹⁵²⁶ ; ce dernier ne fait pas de distinction entre les intérêts légaux et ceux conventionnels¹⁵²⁷.

Cette solution sera sanctionnée par le juge européen.

II. L'arrêt « Fesih Kalhan » et le rappel de l'« effet utile »

680. Le souci de l'effectivité du droit européen de la consommation se fera, en droit du crédit, au travers des sanctions. Cette effectivité sera rappelée par l'arrêt « Fesih Kalhan » de la Cour de justice en réponse à l'arrêt « Theret ». Cet arrêt, rendu par le juge français à l'occasion d'un litige du crédit à la consommation semble ne pas assurer la réalisation de cet « effet utile ». La portée (B) de la solution (A) est relative.

A. La solution de l'arrêt

Suite à une question préjudicielle (1) posée par un juge français, la Cour de justice est amenée à rendre une solution (2) non pas sur le relevé d'office du juge en droit du crédit à

¹⁵²⁵ Cass, 1^{re} civ. 18 mars 2003, n° 00-17.761, Bull. civ. 2003 I, n° 84, p. 63 : « Vu l'article 1153, alinéa 3, du Code civil et l'article L. 312-33 du Code de la consommation ; Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que, si pour le prêteur, la méconnaissance des obligations prévues par l'article 312-8 du Code de la consommation, peut entraîner la déchéance du droit aux intérêts, l'emprunteur reste néanmoins tenu aux intérêts au taux légal depuis la mise en demeure, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le premier des textes susvisés, et, par fausse application, le second » et Cass, 1^{re} civ. 27 mai 2003, n° 01-10.635, Bull. civ. 2003 I, n° 131, p. 102, *Dame C... et autre c/ Caisse de mutuelle et de dépôt de Douai* : « Attendu que la cour d'appel a exactement retenu que la Caisse mutuelle, bien que déchue de son droit aux intérêts conventionnels par application des dispositions de l'article L. 311-33 du Code de la consommation, était, en vertu de l'article 1153 du Code civil, fondée à réclamer les intérêts au taux légal de la somme lui restant due en capital, à compter du 23 octobre 1995, date à laquelle elle avait mis en demeure Mme X... et M. Y... de la lui payer ; que le moyen n'est pas fondé » ; *RTD Com.* 2003, p. 802, note B. BOULOC, *précité* ; *LPA* 8 décembre 2003, n° 244, p. 6, note G. PAISANT (ici l'auteur considère que la jurisprudence est « logique » et « compatible » avec le Code de la consommation) ; Cass, 1^{re} civ. 5 juin 2008, n° 07-11.483, Inédit, *F-D, Banque Française de l'Orient (BFO) c/ Mme M.* (dans cet arrêt, la Cour déclare même que les intérêts au taux légal sont dus par l'emprunteur même si le prêteur n'en exprime pas la demande) ; *JCP CCC* août 2008, n° 8, comm. 217, note G. RAYMOND.

¹⁵²⁶ Adage latin signifiant : « les lois spéciales dérogent aux lois générales ».

¹⁵²⁷ G. RAYMOND, « La déchéance du droit aux intérêts n'est jamais totale ! », note sous Cass, 1^{re} civ. 27 mai 2003, n° 01-10.635, Bull. civ. 2003 I, n° 131, p. 102, *Dame C... et autre c/ Caisse de mutuelle et de dépôt de Douai, précité, JCP CCC*, novembre 2003, n° 11, comm. 169.

la consommation, mais sur la « méthode » du prononcé de la déchéance du droit aux intérêts au regard de l’exigence d’effectivité du droit de la consommation.

1° La question préjudicielle

681. Le 30 novembre 2012¹⁵²⁸, un juge français de première instance pose une question préjudicielle à la Cour, dénonçant la jurisprudence de la Cour exposée ci-dessus comme mettant en échec l’effectivité du droit européen de la consommation.

682. Défaut de consultation du FICP. – En l’espèce, il s’agissait de l’application de la directive du 23 avril 2008¹⁵²⁹, transposée en droit français par la loi du 1^{er} juillet 2010¹⁵³⁰ qui a imposé aux professionnels de consulter le fichier des incidents de paiement avant d’accorder un crédit aux consommateurs. Cette réforme avait créé un article L.311-9 au Code de la consommation, dont le respect était garanti par le secondalinéa de l’article L.311-48 du même code (article L.311-33 ancien): « Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge ».

Malheureusement, la combinaison de ces dispositions n’a pas permis d’assurer une protection optimale du consommateur : même si le professionnel était sanctionné par la déchéance de son droit aux intérêts, il parvenait encore tout de même à contourner cette difficulté par le biais des intérêts au taux légal dont il devait pouvoir profiter pleinement selon la jurisprudence « Theret ». Le juge d’Orléans, embarrassé par cette situation, la soumet à la Cour de justice pour la confronter à l’« effet utile » du droit européen de la consommation.

2° La solution de la Cour de justice

683. Application de l’article 1153 du Code civil contraire au droit européen de la consommation. – Pour la Cour de justice, cette effectivité suppose du juge non pas une sanction mécanique, mais une adaptation au cas d’espèce. S’il s’avère que prononcer littéralement la sanction tirée du Code de la consommation ne permet pas la protection du consommateur, le juge est tenu de trancher le litige différemment.

¹⁵²⁸ TI, Orléans, 30 novembre 2012, n° 11-12-001679, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c/ Fesih Kalhan*.

¹⁵²⁹ Directive n° 2008/48 CEE, du 23 avril 2008 « concernant les contrats de crédit aux consommateurs », *précité*.

¹⁵³⁰ Loi *Lagarde* n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 « portant réforme du crédit à la consommation », *précité*.

Cette solution est illustrée par la réponse de la Cour de justice du 27 mars 2014¹⁵³¹, qui précise la sanction devant être prononcée contre un professionnel qui méconnaît son obligation de vérifier la solvabilité du débiteur. La Cour considère que : « L'article 23 de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, [...] doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application d'un régime national de sanctions en vertu duquel [...] le prêteur est déchu de son droit aux intérêts conventionnels, mais bénéficie de plein droit des intérêts au taux légal, [...] majorés¹⁵³² [...] ». Elle souligne l'inefficacité d'une telle sanction qui permet au professionnel de percevoir une somme au montant presque égal à celle qu'il aurait perçue s'il n'avait pas été sanctionné. La sanction doit être effective.

684. En d'autres termes, la Cour rappelle aux juges nationaux que les dispositions réglementant les sanctions en droit du crédit à la consommation doivent respecter les critères mentionnés à l'article 23 de la directive de 2008¹⁵³³ qui conditionnent ces dernières à une exigence d'effectivité (des dispositions de la directive), de proportionnalité (au regard du manquement dont se rend coupable le professionnel) et de dissuasion (en raison de la menace d'une perte financière réelle pour le professionnel) pour permettre au droit européen de la consommation de produire un « effet utile » en droit du crédit à la consommation. En ouvrant aux professionnels n'ayant pas préalablement vérifié la solvabilité de leur cocontractant le droit de percevoir les intérêts au taux légal en cas d'impayés, le système juridique relatif aux sanctions n'était pas en conformité avec les objectifs de la directive de 2008 qui avait justement insisté sur cette vérification préalable. L'« effet utile » de la directive s'en trouvait menacé : « Dès lors, il est justifié que la Cour de justice ait prononcé la non-conformité du droit français à l'article 23 de la directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 relative au crédit à la consommation [...] »¹⁵³⁴.

Par cette remise en cause de la jurisprudence française, on comprend que la portée de la solution rendue est préventive.

¹⁵³¹ CJUE, 27 mars 2014, aff. C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA contre Fesih Kalhan*.

¹⁵³² Article L. 313-3 du Code monétaire et financier : « En cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire [...] ».

¹⁵³³ Article 23 (« Sanctions ») de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 « concernant les contrats de crédit aux consommateurs » : « Les États membres définissent le régime de sanctions applicables en cas de violation des dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive, et prennent toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte qu'elles soient appliquées. Les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ».

¹⁵³⁴ H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation mars 2013 - mars 2014 », *D.* 2014, p. 1297, *précité*.

B. La portée de l’arrêt

Le juge ne se prononce pas sur le relevé d’office au regard de la sanction de la déchéance, il ne fait que préciser dans quelle mesure cette sanction doit être appliquée.

685. La sanction de la responsabilisation. – Une telle exigence renvoie à une responsabilisation des professionnels lorsqu’ils proposent des crédits : cette responsabilisation passe alors par le juge, qui prendra, à l’occasion de sa saisine, des mesures qui permettront de toucher les professionnels sur un terrain dont il est facile de deviner la nature : le domaine financier. Ces derniers perdent alors un intérêt certain à profiter d’une clientèle composée de consommateurs insuffisamment avertis ou peu diligents.

686. La Cour renvoie aussi à une préoccupation liée à l’économie générale, car un impayé majoré des intérêts au taux légal et/ou conventionnel ne permet parfois pas au consommateur de s’en acquitter et si ce dernier n’est pas en mesure de le faire, c’est l’Etat qui va, par la voie du surendettement, devoir trouver une solution pour y remédier. Or, la solution se trouve parfois dans l’effacement de la dette, ce qui ne profite ni aux professionnels, ni à l’économie du gouvernement. En ne mettant pas en place une réglementation suffisamment dissuasive qui puisse agir sur le comportement des professionnels de manière préventive le juge national ne va pas dans le sens du droit européen de la consommation et vide la directive de tout son sens : « Telle qu’interprétée par la Cour de cassation dans sa jurisprudence Theret, la sanction de la déchéance du droit aux intérêts est " affaiblie ", voire " annihilée ". Elle n'est donc plus une sanction : elle ne répond pas au caractère d'effectivité exigé par la directive n° 2008/48/CE, puisqu'elle ne gêne pas le prêteur fautif »¹⁵³⁵. La solution est protectrice des intérêts des consommateurs car « [...] il est évident que la CJUE fournit là un nouvel argument aux emprunteurs que certains d’entre eux n’hésiteront pas à faire valoir en soutenant que la sanction n’est pas " significative " ! »¹⁵³⁶.

La Cour en appelle à un réel travail d’adaptation de la part des juges nationaux, exigeant d’eux qu’ils exercent leur office en se posant la question de savoir si la sanction de la

¹⁵³⁵ G. POISSONNIER, « Crédit à la consommation : la déchéance du droit aux intérêts doit être une sanction dissuasive », *JCP CCC* octobre 2014, n° 10, étude 9.

¹⁵³⁶ V. AVENA-ROBARDET, « Faut-il revoir la sanction de la déchéance du droit aux intérêts? », *Dalloz Actualité Affaires - Consommation, Européen et International - Contrat et obligations - Responsabilité*, 11 avril 2014.

déchéance qu’ils entendent prononcer est conforme aux objectifs visés par le droit européen. La position du juge européen en faveur du relevé d’office et qui s’étend au domaine du crédit à la consommation malgré les particularités de la matière, révèle encore une fois sa volonté d’assurer l’effet utile de la protection prévue par les directives relatives au droit de la consommation. Si la Cour de Justice de l’Union Européenne se prononce différemment, elle marque la fin d’une querelle jurisprudentielle.

La Cour ne se prononce pas sur la sanction de la déchéance dans l’arrêt « Pannon » et ne donne pas vraiment d’indication sur la marche à suivre concernant le pouvoir du relevé d’office du juge de la sanction de la déchéance. Le droit interne n’est pas sourd aux recommandations du droit européen et s’adapte autant que possible aux évolutions du droit européen de la consommation.

Le législateur se place sur un autre terrain que celui du pouvoir judiciaire pour organiser la protection des consommateurs au sein de la législation interne de manière générale, au point d’évincer la question du relevé d’office du juge.

SECTION 2

UN RELEVÉ D’OFFICE RELATIVEMENT ÉVINCÉ DANS LA PROTECTION DES
CONSOMMATEURS

L’éviction du relevé d’office est due à la fois aux nouveaux pouvoirs accordés à la DGCCRF¹⁵³⁷ (§1), mais aussi à ceux dont disposent désormais les associations de consommateurs (§2).

§ 1. Une éviction par la DGCCRF

687. La sanction partagée. – La consécration du relevé d’office du juge amorcée en droit européen et intervenue en droit interne est dite relative car le juge n’a pas le monopole quant au prononcé de la sanction à l’occasion de manquement par le professionnel de ses obligations : il doit partager cette tâche avec les agents administratifs qui pourront prononcer des sanctions, à l’encontre du professionnel en cause. Aux sanctions civiles de la nullité de la clause et de la déchéance du droit aux intérêts s’ajoutent désormais les sanctions administratives, qui renvoient à un pouvoir de sanction général (I) et renforcé des agents, mais aussi dit « particulier » (II), depuis l’intervention de la réforme.

I. Un nouveau pouvoir général de sanction

688. L’éviction du juge dans l’exercice de son office passe par un pouvoir accentué des agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes¹⁵³⁸.

Ces derniers disposent d’un pouvoir de sanction administratif renforcé, car la loi « Hamon » donne aux agents de la DGCCRF de réels pouvoirs et non plus seulement la possibilité qu’ils avaient de demander au professionnel de cesser le manquement constaté sans que cette « demande » ne soit contraignante. Le législateur a pris au sérieux l’exigence exprimée à l’article 24 de la directive de 2011 par le législateur européen¹⁵³⁹.

¹⁵³⁷ DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

¹⁵³⁸ Ce sont les articles L.215-1 à L.215-1-2 du Code de la consommation qui déterminent quelles sont les autorités chargées de constater les infractions à la conformité et sécurité des produits et des services.

¹⁵³⁹ D’autant que dans le même temps, il est intéressant d’observer que l’autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation (article L.461-1, s. du Code de commerce) a elle aussi vu ses pouvoirs de contrôles (article L.450-1, s. du Code de commerce) et de sanctions (articles L.465-1 et L.465-2 du Code de

Ces sanctions n'empêchent pas celles pénales et qui peuvent se joindre à l'amende administrative¹⁵⁴⁰. Ces dernières ont d'ailleurs été renforcées par la loi « Hamon »¹⁵⁴¹, sans que ce renforcement n'ait été dicté par la directive. Les agents de la DGCCRF ont un pouvoir « de police judiciaire »¹⁵⁴² ; c'est-à-dire d'enquête (A), de contrôle mais aussi et surtout de répression. Ils peuvent prononcer des sanctions administratives (B) en cas de manquements par les professionnels aux obligations qui leurs incombent en vertu des textes.

A. L'enquête préalable

689. L'enquête. – L'article 10 du projet de loi prévoyait d'«[élargir] les compétences des agents de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes aux fins de recherche et de constatation d'infractions ou de manquements aux obligations d'informations précontractuelles sur les biens et les services qui doivent être obligatoirement communiquées aux consommateurs ainsi qu'aux obligations légales s'imposant aux syndicats de copropriété ». L'article L. 141-1, VI du Code de la consommation prévoit que « dans l'exercice de leurs missions, les agents mentionnés au II de l'article L. 450-1 du code de commerce sont habilités à constater les infractions et manquements aux chapitres II, IV et V de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et peuvent communiquer ces constatations à la Commission nationale de l'informatique et des libertés ». Ces nouveaux pouvoirs d'enquête, rapprochés de ceux existants en procédure pénale par certains praticiens¹⁵⁴³, peuvent varier en fonction du domaine d'intervention ; mais les agents administratifs ont toutefois une autorité renforcée.

commerce : « L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer les amendes administratives [...] » renforcés.

¹⁵⁴⁰ La loi Hamon instaure une « systématisation » des peines complémentaires pour les infractions pénales (Cf. note 663, note de bas de page n°1479). Le cumul de la sanction administrative à celle pénale est soumise au principe de proportionnalité : le montant global de la sanction prononcée ne doit pas dépasser le maximal le plus élevé de l'une des deux sanctions (article L.141-1-2, VI°).

¹⁵⁴¹ Alourdissement des sanctions pénales : l'abus de faiblesse (article L.122-8 du Code de la consommation), vente à la boule de neige (art. L. 122-7), pratiques agressives (art. L. 122-12) et pratiques trompeuses qui ne nécessitent plus de référence au délit de tromperie (art. L. 121-6), encourent toutes une peine d'emprisonnement et une amende élevée.

¹⁵⁴² P. GUILLERMIN, «Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale», *Actualité Juridique de Droit pénal*, 2008, p. 73.

¹⁵⁴³ V. CADORET, et al., « Simon Associé », «Vade-mecum de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite "loi Hamon"», *LPA*, 7 avril 2014, n° 69, p. 4, *précité* : « Concernant l'enquête, on est tout d'abord frappé par le rapprochement des nouvelles dispositions avec les règles de procédure pénale ».

B. La sanction administrative

L’amende administrative est précédée d’une injonction qui fait figure de préliminaire (1) à l’amende qui sera éventuellement prononcée, pour donner au professionnel l’occasion de se conformer à ses obligations. S’il ne le fait pas, les agents administratifs pourront prononcer cette amende à son encontre (2), une amende dont les montants ont été révisés à la hausse.

1° L’injonction préliminaire

L’article L.141-1, modifié par ordonnance du 30 mai 2014¹⁵⁴⁴ régleme les nouveaux pouvoirs des agents administratifs : ils peuvent soit enjoindre aux professionnels de se conformer à leurs obligations, et/ou prononcer la publicité de cette injonction.

690. L.141-1, VII, alinéa 1^{er}. – Ancien article L.141-1, V, l’article est inchangé dans son contenu : « Les agents habilités à constater les infractions ou les manquements aux dispositions mentionnées aux I à III peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ces dispositions, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite ».

Le texte nouveau permet aux agents de donner suite à l’injonction formulée à l’encontre du professionnel. L’injonction précède donc le prononcé de l’amende.

2° L’amende administrative

691. Alors que cela avait été envisagé par la doctrine bien avant la loi « Hamon »¹⁵⁴⁵, l’administration a désormais la possibilité de prononcer des amendes qui peuvent être parfois très lourdes. Le professionnel a tout intérêt à se conformer aux injonctions formulées à son encontre afin d’éviter que la procédure n’aille plus loin. Soutenues par des sanctions conséquentes, ces injonctions prennent davantage l’allure d’injonctions et non plus seulement de demandes peu menaçantes.

¹⁵⁴⁴ Article 21 de l’ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014, « relative au financement participatif ».

¹⁵⁴⁵ P. GUILLERMIN, « Droit de la consommation : l’absence d’une véritable alternative à la voie pénale », *Actualité Juridique de Droit pénal*, 2008, p. 73, précité : « [...] il pourrait être envisagé de sanctionner par des amendes administratives des infractions relevées sur la base de constatations matérielles évidentes et incontestables (ex : non-respect des règles relatives à l’affichage des prix, à l’emploi obligatoire de la langue française ou à celui du mot « soldes ») ».

692. L'amende au soutien de l'effectivité du droit de la consommation. – « L'effectivité du droit de la consommation passe par une meilleure adéquation entre la nature et l'importance des sanctions encourues et l'infraction ou le manquement constaté mais aussi par des délais de traitement plus rapides des contentieux »¹⁵⁴⁶. L'amende administrative est le moyen prévu par la directive et donc adopté par le droit interne pour encadrer et garantir le respect par les professionnels des obligations qui leurs incombent¹⁵⁴⁷, afin de maintenir un équilibre à la fois économique sur le terrain du droit de la concurrence, mais aussi contractuel sur le terrain de la protection des consommateurs. A l'égard de ce dernier, la volonté d'une dépénalisation du droit de la consommation apparaît « minimaliste »¹⁵⁴⁸, même si on constate que la sanction administrative est parfois préférée à la sanction pénale. A titre d'exemple, la sanction pénale pour défaut d'information en matière de contrat conclu par démarchage prévu à l'article L.121-28 du Code de la consommation¹⁵⁴⁹ issue de la loi du 4 août 2008¹⁵⁵⁰ est supprimée et remplacée par l'amende administrative prévue par l'article L.121-22 issu de la loi « Hamon ».

693. L.141-1, VII, alinéa 2. – Cet article a une portée générale ; il prévoit que : « lorsque le professionnel concerné n'a pas déféré à cette injonction dans le délai imparti, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut prononcer à son encontre, dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2, une amende administrative [...] ». Les conditions auxquelles renvoi l'article L.141-1, VII alinéa 2 visent spécifiquement les délais dans lesquels l'administration est tenue d'agir contre le(s) manquement(s) du professionnel, le respect du principe du contradictoire par le biais de la transmission des pièces et preuves au professionnel mis en cause¹⁵⁵¹, la possibilité pour l'administration de

¹⁵⁴⁶ Discours de B. HAMON tenu au colloque des *40 ans du droit de la consommation* à Montpellier le 28 septembre 2012

¹⁵⁴⁷ Par exemple, des amendes pouvant être prononcées par les agents administratifs sont donc désormais prévues dans le Code de la consommation, aux articles L.113-6 pour les numéros surtaxés, L.121-15 pour la publicité, L.121-41 pour la loterie, L.121-85-1 pour les contrats électroniques, L.211-16-1 pour la garantie commerciale, et L.211-23 pour le service après-vente.

¹⁵⁴⁸ V. VALETTE-ERCOLE, « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépénalisation et pénalisation », *Revue de Droit pénal*, juin 2014, n° 6, étude 13.

¹⁵⁴⁹ Article L.121-28 alinéa 1^{er} du Code de la consommation : « Toute infraction aux dispositions des articles L. 121-23, L. 121-24, L. 121-25 et L. 121-26 sera punie d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement ».

¹⁵⁵⁰ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

¹⁵⁵¹ Article L. 141-1-2, III et IV du Code de la consommation : « III. - Les manquements passibles d'une amende administrative sont constatés par procès-verbaux, qui font foi jusqu'à preuve contraire. Une copie en est transmise à la personne mise en cause.

IV. - Avant toute décision, l'administration informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par

publier la décision rendue à son encontre¹⁵⁵² et l'éventuel cumul de la sanction administrative avec une autre¹⁵⁵³, ou avec une amende pénale¹⁵⁵⁴.

On retrouve ces conditions au sein de dispositions particulières comme celles relatives à l'obligation générale d'information¹⁵⁵⁵ précontractuelle¹⁵⁵⁶, ou aux pratiques commerciales déloyales¹⁵⁵⁷ et qui profitent de la mise en place de cette nouvelle sanction administrative, tout en renvoyant directement à l'article L.141-1-2 du code pour leurs conditions de mise en œuvre.

Les agents administratifs ont, depuis la loi « Hamon », un pouvoir particulier de sanction attaché au caractère abusif des clauses.

II. Un nouveau pouvoir particulier de sanction

Le pouvoir de sanction reconnu aux agents est dit « particulier » en raison des sanctions qu'ils peuvent désormais prononcer à l'égard d'un professionnel ayant introduit une clause abusive (A) au sein d'un contrat proposé à un consommateur ou conclu avec lui ; ce

le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans le délai de soixante jours, ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales ».

¹⁵⁵² Article L. 141-1-2, V du Code de la consommation : « La décision prononcée par l'autorité administrative peut être publiée ».

¹⁵⁵³ Article L. 141-1-2, VII du Code de la consommation : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours passibles d'amendes dont le montant maximal excède 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale, ces sanctions s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé ».

¹⁵⁵⁴ Article L. 141-1-2, VI du Code de la consommation : « Lorsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé ».

¹⁵⁵⁵ L'obligation d'information vise par exemple le prix et les caractéristiques essentielles du bien ou service, la date ou délai de livraison du bien ou de l'exécution du service, les informations relatives à la garantie légale du vice caché et de conformité, l'identité et les coordonnées du professionnel ainsi que la période de disponibilité des pièces détachées nécessaires à l'utilisation du bien proposé à la vente, et enfin le droit de bénéficier d'un mode alternatif de règlement des litiges en cas de difficultés.

¹⁵⁵⁶ Article L.111-6 du Code de la consommation : « Tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2 ».

¹⁵⁵⁷ Article L.121-22 du Code de la consommation : « Tout manquement aux articles L. 121-18, L. 121-19 à L. 121-19-3 et L. 121-20 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2 » ; l'article L.121-22 vise d'autres dispositions du code : il prévoit donc que seront sanctionnées d'une amende administrative pouvant aller jusqu'à 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale si les obligations d'informations précontractuelles ne sont pas respectées pour les contrats conclus hors établissement (article L.121-18), ceux conclus à distance (articles L.121-19 à 121-19-3), et concernant le démarchage téléphonique (article L.121-20) ; l'article L.121-22-1 prévoit des amendes plus lourdes lors d'un manquement par le professionnel aux obligations qui lui incombent au regard du droit de rétractation du consommateur (articles L.121-21 à 121-21-8 du Code de la consommation).

pouvoir, qui s'accompagne des mêmes pouvoirs d'enquêtes déjà exposés, est particulier pour une autre raison : celle de la nullité administrative de la clause abusive (B) dont les effets ont été réformés.

A. La sanction administrative de la clause abusive

La sanction administrative de la clause abusive se compose à la fois de l'amende (1) et de la publicité prononcée à l'encontre du professionnel (2).

1° L'amende prononcée à l'encontre du professionnel

694. L.132-2, alinéa 1^{er}. – Cet article est spécifique aux clauses abusives : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du troisième alinéa de l'article L. 132-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2 ». Pour son application l'article renvoie donc directement à l'article L.141-1-2 du code qui régit la compétence de l'administration, le montant de l'amende, le délai de prescription de l'administration et la procédure du contradictoire.

Le Code prévoit désormais que la nullité n'est plus la seule sanction pouvant être prononcée à l'occasion d'une clause abusive. Depuis la loi « Hamon », des amendes administratives sont prévues mais uniquement pour les violations les plus graves : celles de la liste « noire » des clauses abusives de manière irréfragable, prévues à l'article R.132-1 du Code de la consommation. La possibilité de sanctionner le professionnel sur ce terrain est donc encadrée, voire, limitée.

2° La publicité prononcée à l'encontre du professionnel

695. L.132-2, alinéa 2. – Une mesure de publicité peut accompagner la sanction administrative et vise aussi une forme de punition du professionnel : « L'injonction faite à un professionnel, en application du VII de l'article L. 141-1, tendant à ce qu'il supprime de ses contrats ou offres de contrat une ou plusieurs clauses mentionnées au premier alinéa du

présent article peut faire l'objet d'une mesure de publicité, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Ces nouveaux pouvoirs administratifs doivent être salués car ils complètent l'office du juge dans la lutte contre les clauses abusives. Purement « sanctionnatrices », ces peines administratives se distinguent de la déchéance du droit aux intérêts qui ne fait plus partie des peines privées depuis l'entrée en vigueur de la loi « Chatel », mais qui est une sanction strictement rattachée à l'irrégularité de l'offre d'un contrat de crédit.

De telles sanctions administratives mises en place par la loi « Hamon » participent de l'effet dissuasif de la protection accordée aux consommateurs.

B. La nullité administrative de la clause abusive

696. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, la nullité de la clause abusive est préférée à celle du contrat, même si elle avait pu admettre une telle nullité pour défaut d'information¹⁵⁵⁸. Des arrêts de la Cour ont rappelé que le contrat devait demeurer s'il pouvait subsister après l'annulation de la clause¹⁵⁵⁹. La nullité du contrat est une sanction acquise dans notre droit¹⁵⁶⁰, notamment au regard des manquements par le professionnel à son obligation générale d'information précontractuelle : un nouvel article L.111-7 inséré au chapitre premier du Code de la consommation relatif à l'obligation générale d'information précontractuelle, prévoit que : « les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public » ; « la sanction naturelle d'une atteinte à l'ordre public est la nullité »¹⁵⁶¹. Le Code de la consommation reconnaît cependant aussi la possibilité d'une nullité de la seule clause abusive à travers l'article L.132-1, alinéa 6 inchangé. Mais de telles nullités du contrat ou de la clause litigieuse sont « judiciaires ». La loi « Hamon » a mis en place, parallèlement à cette sanction, celle de la nullité administrative de la clause abusive.

¹⁵⁵⁸ CJUE, 17 décembre 2009, aff. C-227/08, *Eva Martin*, précité.

¹⁵⁵⁹ CJUE, 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Jana Pereničová*, précité ; CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Erika Jörös*, précité.

¹⁵⁶⁰ Le nouvel alinéa 5 de l'article L.122-8 du Code de la consommation prévoit désormais que : « lorsqu'un contrat est conclu à la suite d'un abus de faiblesse, celui-ci est nul et de nul effet ». De plus, l'article L.121-18-1, alinéa 1^{er} concernant l'obligation d'information à la charge du professionnel en matière de contrats conclus hors établissement, prévoit que le contrat sera nul en cas de méconnaissance de cette obligation. A cette obligation s'ajoute même une sanction pénale (article L.121-23 du Code de la consommation, précité). Cette sanction frappe aussi toute méconnaissance par le professionnel des obligations qui découlent de l'article L.121-18-2 (cet article concerne le paiement reçu par le professionnel de la part du consommateur avant l'expiration du délai de 7 jours).

¹⁵⁶¹ P. SCHULTZ, « Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général », *Gaz. Pal.* 24 avril 2014, n° 114, p. 11.

697. L.141-1, VIII, alinéa 1^{er}, 1^o. – La première partie de cette disposition est identique à celle qui la précédait, avant 2014 : « L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut : 1^o Demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive insérée par un professionnel dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur [...] ». Le droit français connaissait donc déjà des cas de nullités administratives de la clause abusive, ce que la loi « Hamon » a bien sûr conservé.

698. La nullité *erga omnes*. – La seconde partie de la disposition, intégrée dans le même alinéa (il n'y en avait, auparavant, qu'un seul) est novatrice ; l'autorité administrative peut demander à la juridiction civile ou administrative : « [...] de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ». L'effet *erga omnes*, inspiré du droit européen est désormais acquis en droit interne. Cette réforme rapproche sensiblement le droit français de la jurisprudence européenne ; elle rappelle la solution rendue par la Cour de justice le 26 avril 2012¹⁵⁶², par laquelle la Cour de justice avait reconnu un effet de la nullité de la clause à l'égard des consommateurs concernés par le même contrat litigieux.

En ouvrant à la DGCCRF la possibilité de mener des enquêtes et de prononcer des sanctions, une collaboration est menée de front entre le juge et l'administration. En ouvrant la possibilité à la DGCCRF la possibilité de mener des enquêtes et de prononcer des sanctions, une véritable collaboration est menée de front entre le juge et l'administration. Une collaboration illustrée par la coexistence des trois sanctions : civile, pénale et administrative¹⁵⁶³. L'opération de sanction est donc doublement « partagée » : elle l'est quant

¹⁵⁶² CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contre Invitel Távközlési Zrt* : « L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13, lu en combinaison avec l'article 7, paragraphes 1 et 2, de cette directive, doit être interprété en ce sens [qu'il] ne s'oppose pas à ce que la constatation de nullité d'une clause abusive faisant partie des conditions générales des contrats de consommation [...] produise, conformément à ladite législation, des effets à l'égard de tous les consommateurs ayant conclu avec le professionnel concerné un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales, y compris à l'égard des consommateurs qui n'étaient pas parties à la procédure en cessation ».

¹⁵⁶³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives », *Rép. Civ.* juin 2014, *précité* : « L'amende administrative conditionne la possibilité pour la DGCCRF de procéder à une injonction en cas de défaut d'obtempération du professionnel [...]. La sanction pénale, dès lors qu'elle est très lourde, est susceptible d'opérer sa fonction dissuasive et d'inciter le professionnel à respecter le formalisme informatif destiné ici à laisser une trace du commerce des métaux précieux. Enfin, la nullité du contrat est appropriée, le consommateur ayant intérêt à obtenir restitution de l'or dont il a pu se séparer faute d'une information suffisante ».

à sa nature (les sanctions ne sont plus seulement civiles), mais elle l’est aussi en raison de l’effet *erga omnes* accordé à la nullité de la clause sur demande des agents administratifs.

699. Une dépenalisation relative du droit de la consommation. – La loi « Hamon » enrichit également l’article L.141-4 du Code de la consommation d’un nouvel alinéa. Elle introduit dans notre droit un pouvoir de sanction considérable aux agents, qui rend leur pouvoir d’injonction déjà acquis plus effectif. A cet égard V. VALETTE-ERCOLE avait remis en question la dépenalisation du droit de la consommation¹⁵⁶⁴ : « En lisant rapidement la loi, on pourrait croire à une dépenalisation du droit de la consommation alors qu’en réalité, il n’en est rien »¹⁵⁶⁵, au point que les praticiens parlent même d’un « droit pénal administratif »¹⁵⁶⁶.

L’office du juge dans le domaine des sanctions s’en trouve amoindri, voire évincé par la place que prend le pouvoir administratif. La question du relevé d’office du juge va l’être bien plus encore par une réforme de la loi « Hamon » dans le domaine de l’action des associations de consommateurs.

§2. Une éviction par les associations de consommateurs

Les associations participaient déjà de la protection des consommateurs. Elles avaient, avant la loi « Hamon », la possibilité d’agir devant la juridiction civile¹⁵⁶⁷. Certaines dispositions issues de la loi de 1993¹⁵⁶⁸ côtoient encore celles de la loi de 2014. Elles voient leur marge d’action augmenter grâce à l’entrée en vigueur de la loi « Hamon » qui fait la promotion de l’action « préventive » des associations de consommateurs (I) mais aussi de celle « curative » (II).

¹⁵⁶⁴ J.-M. COULON (groupe de travail), « La dépenalisation du droit des affaires » rapport remis au garde des sceaux, ministre de la justice, *La documentation française*, janvier 2008, p. 89-97 ; K. HAERI, « Réflexions sur le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires : et le pénal n'appartient plus jamais au justiciable... – Dépenalisation du droit des affaires », *Revue de Droit Pénal* mars 2008, n° 3, doss. 4.

¹⁵⁶⁵ V. VALETTE-ERCOLE, « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation », *Revue de Droit pénal*, juin 2014, n° 6, étude 13, *précité*.

¹⁵⁶⁶ V. CADORET, et al., « Simon Associés », « Vade-mecum de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite "loi Hamon" », *LPA* 7 avril 2014, n° 69, p. 4, *précité*.

¹⁵⁶⁷ L’action civile des associations de consommateurs est rendue possible par la loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 « d’orientations du commerce et de l’artisanat », dite « Royer » (article 46). Cette action rappelle celle ouverte aux organisations syndicales à l’égard des salariés en vertu de l’article L.1247-1 du Code du travail.

¹⁵⁶⁸ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 « relative au code de la consommation ».

I. Une action « préventive » renforcée des associations de consommateurs

Les associations de consommateurs peuvent formuler une demande en nullité de la clause abusive *inter partes* (A), mais surtout *erga omnes* (B), l'une et l'autre assurant une action « préventive » pour la protection des consommateurs.

A. La demande en nullité *inter partes* de l'association

La demande en nullité formulée par l'administration n'est parfois valable qu'à l'égard de la clause litigieuse qui fait l'objet du litige. Les articles L.421-2, alinéa 1^{er} et L.421-6 alinéa 2 du Code de la consommation prévoient cette possibilité. Ces deux dispositions sont étudiées ensemble car elles visent toutes deux la cessation d'agissements illicites, sauf que la première porte sur « l'action civile » exercée à l'occasion d'une infraction pénale, tandis que la seconde vise plus spécifiquement les clauses abusives.

700. L'article L.421-2, alinéa 1^{er} du C. Consom. – L'alinéa 1^{er} est issu de la loi de juillet 1993 ; inchangé par la loi Hamon, il prévoyait déjà que les associations de consommateurs pouvaient demander au juge la cessation d'agissement illicite ou la suppression de clauses abusives. Selon cet article : « Les associations de consommateurs [...] peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite ».

701. Les associations de consommateurs ont une action limitée : elles peuvent seulement demander à ce que les clauses litigieuses visées par son action soient supprimées, c'est-à-dire « réputées non écrites » ; ceci renvoie au 6^e alinéa de l'article L.132-1 du Code de la consommation¹⁵⁶⁹.

702. L'article L.421-6, alinéa 2 du C. Consom. – Dès les années 1980, la demande en nullité des clauses abusives par les associations de consommateurs était admise. La loi du 5 janvier 1988 (article 6) a donné aux associations agréées le pouvoir de demander au juge civil la suppression de clauses qu'elles estimaient abusives, insérées dans les modèles de contrats

¹⁵⁶⁹ Article L.132-1, alinéa 6 du Code de la consommation, *précité* : « Les clauses abusives sont réputées non écrites ».

conclus ou habituellement proposés par les professionnels¹⁵⁷⁰. Modifiée¹⁵⁷¹, cette possibilité n'a pas été abandonnée. Elle est aujourd'hui dépoussiérée par la loi « Hamon ». L'article L.421-6, alinéa 2 du Code de la consommation prévoit également que « le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ». Le législateur vise indistinctement selon que le contrat a effectivement été conclu ou seulement proposé en vue de sa conclusion¹⁵⁷². Cette disposition répondait alors aux exigences de la Cour de justice¹⁵⁷³ ; la loi « Hamon » n'avait pas souhaité s'en défaire.

Avant que la loi Hamon ne vienne améliorer cette disposition d'un nouvel alinéa, l'article L.421-6 présentait donc déjà un intérêt considérable en vertu de son caractère préventif¹⁵⁷⁴. Les demandes des associations en ce sens viennent en soutien du prononcé d'office de la nullité de la clause par le pouvoir judiciaire. Lorsqu'il répond à cette demande le juge ne se situe pas sur le terrain du relevé d'office. Ces deux moyens sont complémentaires.

L'association qui a fait la demande peut même aller plus loin dans l'anticipation sur le relevé d'office en demandant que la décision ait un effet *erga omnes*, comme la loi le reconnaît pour les agents administratifs.

¹⁵⁷⁰ Article 6 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 « relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs » : « Les associations mentionnées à l'article 1er peuvent demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs ».

¹⁵⁷¹ Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 « portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation ».

¹⁵⁷² La Cour n'admet donc pas une action des associations à l'égard des contrats antérieurs : Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, Bull. civ. 2005 I, n° 61, p. 53 ; Cass, 1^{re} civ. 23 janvier 2013, n°s 10-28.397 et 11-11.421, Inédit, *UFC Que Choisir contre CRCAM* ; Cass, 1^{re} civ. 23 janvier 2013, n° 10-21.177 et n° 10-22.815, Inédits, *UFC Que Choisir 38 contre Caisse de prévoyance Rhône-Alpes* ; JCP G 11 mars 2013, n° 11, 297, note G. PAISANT ; cette jurisprudence est critiquée en ce qu'elle méconnaîtrait les exigences de la Cour de justice d'une protection des consommateurs via un droit de la consommation curatif et préventif (CJCE, 24 janvier 2002, aff. C-372/99, *Commission des Communautés européennes c/ République Italienne*, précité) ; S. BARBOU DES PLACES et A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation. - (octobre 2012- mars 2013) », *Europe* juillet 2013, n° 7, chron. 1.

¹⁵⁷³ CJCE, 24 janvier 2002, aff. C-372/99, *Commission des Communautés européennes c/ République Italienne*, précité.

¹⁵⁷⁴ Cet aspect est souligné par le professeur G. PAISANT qui ajoute que « ce caractère préventif peut donc seulement tenir au fait que l'action tend à faire cesser, pour l'avenir, une pratique contractuelle abusive, sans faire obstacle à la réparation du préjudice que celle-ci a pu causer », in « Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives », note sous Cass, 1^{re} civ. 3 février 2011, n° 08-14.402, Bull. civ. 2011, I, n° 23, JCP G 11 avril 2011, n° 15, 414.

B. La demande en nullité *erga omnes* de l'association

L'effet *erga omnes* est appliqué à la nullité des clauses abusives. On retrouve cet effet au sein des articles L.421-2, alinéa 2 et L.421-6, alinéa 3 du Code de la consommation.

703. L.421-2, alinéa 2 du C. Consom. – L'alinéa 2 permet aux associations d'étendre le champ de leurs demandes : « Elles peuvent également demander, selon le cas, à la juridiction civile ou à la juridiction répressive de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le défendeur ou le prévenu avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ». Ce nouvel alinéa est issu de la loi « Hamon » ; il traduit les vœux de voir un champ d'application beaucoup plus étendu et un effet renforcé de la nullité de la clause abusive.

704. L'article L.421-6, alinéa 3 du C. Consom. – Un troisième alinéa est intégré à l'article L.421-6 du Code de la consommation : « Les associations et les organismes mentionnés au premier alinéa peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ».

Le législateur a jugé bon de retranscrire l'effet *erga omnes* de la nullité de la clause mise en place aux articles L.141-1, VIII et qui permet à l'administration d'en demander l'application. La nullité prononcée sera valable pour d'autres contrats identiques, qui n'ont pas fait l'objet d'une action en justice de la part du consommateur avec lequel il a été conclu. Voilà qui met fin à la jurisprudence de la Cour de cassation défavorable à cet effet *erga omnes*¹⁵⁷⁵, ainsi qu'à celle restreignant l'action des associations à un seul effet préventif¹⁵⁷⁶, critiqué par la doctrine¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁵ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, Bull. 2005 I n° 61 p. 53, *précité*.

¹⁵⁷⁶ Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 01-16.733, Bull. civ. 2005 I, n° 60, p. 51, *précité* (la Cour ne reconnaît pas l'action de l'association à l'égard des contrats déjà conclus) ; Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 03-16.935, Bull. civ. 2005, I, n° 59, p. 50 et Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 03-16.905, Bull. civ. 2005 I, n° 62, p. 55 (la Cour ne reconnaît pas l'action de l'association à l'égard de contrats n'étant plus proposés aux consommateurs au moment où le juge statue) ; D. 2005, p.487, note C. RONDEY ; *RTD Com.* 2005, p. 825, note B. BOULOC.

¹⁵⁷⁷ S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit des contrats. - Variations sur les clauses abusives », D. 2005, p.2836 : « Il est étrange qu'à l'heure d'une future action de groupe, la Cour de cassation ait été aussi peu compréhensive dans l'interprétation de l'article L. 421-6 du code de la consommation ».

705. Une réforme opportune. – Cette réforme vise désormais les contrats en cours d'exécution, ceux n'étant plus proposés, prévient des actions à naître et dispense les consommateurs mal informés d'avoir à exercer une action pour défendre leurs droits. C'est une réforme opportune car il serait injuste qu'une clause soit déclarée abusive et qu'elle subsiste à l'identique dans un même contrat (d'adhésion) à l'encontre d'un autre consommateur ; une injustice également résolue en matière administrative par la possibilité laissée aux agents de la DGCCRF de demander au juge de donner un effet *erga omnes* à la sanction de la nullité¹⁵⁷⁸. Conforme au droit de l'Union¹⁵⁷⁹, cette disposition vaut aussi à l'égard des associations de consommateurs : « Le nouvel effet *erga omnes* de l'action en cessation, qui vient, en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, briser une jurisprudence interne contraire, permet donc de faire rayonner la sanction du réputé non écrit aux clauses abusives contenues dans les contrats individuels conclus antérieurement à la décision du juge, même s'ils ne sont plus proposés. Cette sanction se révèle plus adaptée que ne l'aurait été une suppression matérielle »¹⁵⁸⁰.

L'action de l'association a donc un effet « préventif » : en entraînant l'annulation des clauses abusives dans les contrats identiques, l'association évite qu'un litige ne naisse postérieurement et soit à nouveau soumis au juge qui, peut-être, ne relèvera pas le moyen tiré du caractère abusif de la clause. Mais les associations ne sont plus seulement restreintes à cette caractéristique et ont désormais aussi un certain effet curatif dans le sens où elles sont admises à agir à l'encontre de contrats conclus/en cours. Il s'agit d'un « rééquilibrage important » qui renforce l'effectivité du droit de la consommation.

Pour autant, c'est l'effet préventif qui prévaut sur celui curatif, dans le sens où la nullité de la clause se distingue de la réparation du préjudice subi. La réforme « Hamon » permet à cette dernière de prendre forme en droit français.

¹⁵⁷⁸ Article L.141-1, VIII, alinéa 1^{er}, 1° du Code de la consommation, *précité*.

¹⁵⁷⁹ CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Invitel*, *précité*.

¹⁵⁸⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC*, 1^{er} septembre 2014, n° 3, p. 471, *précité*.

II. Une action « curative » renforcée des associations de consommateurs

« L’action de groupe marque la fin de l’isolement du consommateur en matière de résolution de litiges. Faire valoir ses droits sera désormais l’apanage de tous les consommateurs »¹⁵⁸¹.

La loi « Hamon » a enfin permis cette consécration de l’« action de groupe » (A) au sein du droit interne, et dont le Code de la consommation régleme désormais précisément le mécanisme (B). Cette action de groupe va parfaire l’effet préventif mais aussi curatif finalement reconnu aux associations dans l’application de l’article L.421-6 du code.

A. La consécration de l’« action de groupe »

La consécration de l’« action de groupe » (2) est le fruit d’une longue évolution (1) tant législative que doctrinale.

1° Une longue évolution de l’« action de groupe »

Cette réforme était tant attendue qu’elle en vient presque à évincer l’apport du second alinéa de l’article L.141-4 du Code de la consommation.

706. Rétrospective. – Déjà évoquée en 1983 par le professeur CALAIS-AULOY et revendiquée en 1985 par le professeur F. CABALLERO¹⁵⁸², c’est à nouveau le professeur CALAIS-AULOY qui tente de dessiner les contours d’une action de groupe « à la française » dès 1990, et dont il envisageait l’introduction dans le Code de la consommation. Cette tentative était louable ; au lieu de consacrer une obligation pour le juge de relever d’office un moyen du droit de la consommation ne faudrait-il pas aussi corriger les imperfections de la loi qui ouvrent justement la porte à l’affluence des litiges du droit de la consommation ? Au lieu de se demander comment donner au juge plus de pouvoir, pourquoi ne pas utiliser d’autres outils de sorte à tendre vers une meilleure protection des consommateurs ?

La doctrine n’ira pas à contre-sens de l’évolution jurisprudentielle, d’autant que l’action de groupe existe déjà dans de nombreux pays : aux Pays-Bas, en Italie, au Portugal,

¹⁵⁸¹ Discours de B. HAMON tenu au colloque des *40 ans du droit de la consommation* tenu à Montpellier le 28 septembre 2012, *précité*.

¹⁵⁸² F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! - De l’archaïsme procédural à l’action de groupe », *RTD Civ.* 1985, p. 247 : « Il serait temps de moderniser l’action en justice en France. De la moderniser vraiment. Pas d’en faire une simple toilette [...] ».

en Allemagne, en Suède, au Québec (et dont le modèle était et est toujours mis en avant pour inspirer et évoquer le droit français¹⁵⁸³), en Espagne et au Royaume Unis, sans parler de la « *class actions* » américaine bien connue pour avoir été largement commentée.

707. Une action en représentation conjointe décevante. – On connaissait déjà l’action en représentation conjointe¹⁵⁸⁴ en droit de la consommation; mais cette procédure assure surtout la défense collective d’intérêts individuels. « lourde, coûteuse et limitée, cette action ne connaît, en pratique, presque aucun succès »¹⁵⁸⁵ et entraîne une déception générale au sein de la doctrine et des justiciables : « A ce jour, on ne peut que conclure à un échec de l’action en représentation conjointe, qui a été totalement inemployée par les associations de consommateurs »¹⁵⁸⁶; cette procédure qui présentait finalement « [...] des points de blocage [...] »¹⁵⁸⁷ qui en rendaient « [...] l’utilisation lourde, compliquée et donc rare [...] »¹⁵⁸⁸, ne permettait plus de répondre à l’exigence de leur protection.

Une multitude de propositions de lois, de rapports et de recommandations rendus entre 2003 et 2012¹⁵⁸⁹, témoignent d’une volonté de voir la création d’une loi permettant

¹⁵⁸³ *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ L’action en représentation conjointe est prévue aux articles L.422-1 à L.422-3 du Code de la consommation, issue de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 « renforçant la protection des consommateurs », dite « Neiertz » ; pour un exposé complet de cette procédure : R. MARTIN, « L’action en représentation conjointe des consommateurs », *JCP G* 20 avril 1994, vol. I, n° 16, p. 3756.

¹⁵⁸⁵ Y. PICOD et É. CHEVRIER, *Code de la consommation commenté*, 19^e éd., Paris : Dalloz, 2014, p. 788.

¹⁵⁸⁶ L. BORÉ, « L’action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p. 267.

¹⁵⁸⁷ Proposition de loi sur le recours collectif, n° 322, 2005-2006, de N. BRICK, enregistrée à la Présidence du Sénat le 25 avril 2006.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ Entre autres : L. CHATEL, « De la conso-méfiance à la conso-confiance », Rapport du 9 juillet 2003 ; Groupe de travail présidé par G. CERUTTI et M. GUILLAUME, Rapport sur « l’action de groupe » (3^e partie du rapport), remis le 16 décembre 2005 au ministre de l’économie, des finances et de l’industrie, T. BRETON, et au ministre de la justice, garde des sceaux, P. Clément; Rapport d’information n° 249 (2005-2006) de J.-J. HYEST sur les « class actions », rendu au nom de la commission des lois du Sénat le 14 mars 2006 ; Proposition de loi n° 322, 2005-2006 sur « le recours collectif » de N. BRICK, enregistrée à la Présidence du Sénat le 25 avril 2006, *précité* ; Proposition de loi n° 3055 de L. CHATEL « visant à instaurer le recours collectif des consommateurs » du 26 avril 2006; Avis du Conseil de la concurrence « relatif à l’introduction de l’action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles » du 21 septembre 2006 ; Projet de loi n° 3430 « en faveur des consommateurs », déposé à l’Assemblée nationale par le gouvernement Villepin le 8 novembre 2006, *précité* ; Proposition de loi n° 3775 de J. DESALLANGRE « tendant à créer une action de groupe », déposée à l’Assemblée nationale le 13 mars 2007; Rapport du groupe de travail présidé par J.-M. COULON sur « La dépénalisation du droit des affaires » remis au garde des sceaux, ministre de la justice, *La documentation française*, janvier 2008, p. 89-97, *précité* ; Livre blanc sur « les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante » de la Commission des communautés européennes du 2 avril 2008, COM (2008), 165 final ; Livre vert sur « les recours collectifs pour les consommateurs » de la Commission des communautés européennes du 27 novembre 2008, COM(2008) 794 final, paragraphes 48 s. ; sur ce livre, « Recours collectifs : consultation de la Commission sur le règlement des litiges à grande échelle en matière de consommation », Commission Bruxelles, comm. IP/08/1800, *JCP E*, 11 décembre 2008, n° 50, act. 559 ; Proposition de loi n° 1897 de J.-M. AYRAULT, « relative à la suppression du

l'action de groupe dans notre droit français ; elles ont incontestablement encouragé et permis son aboutissement, marqué par le dépôt du projet de loi du 2 mai 2013¹⁵⁹⁰ : « L'action de groupe offrira une voie de recours collectif efficace pour traiter les litiges de consommation de masse, et assurer la réparation des préjudices économiques qui découlent de la violation des règles de concurrence »¹⁵⁹¹.

2° Une « heureuse » consécration de l'« action de groupe »

708. L'article 23 de la directive 2011/83/UE. – S. MORACCHINI-ZEIDENBERG l'avait souhaité un an plus tôt¹⁵⁹², elle est aujourd'hui réelle : l'action de groupe destinée à assurer l'effectivité du droit de la consommation. Elle semble en tout cas directement issue des souhaits du législateur européen. D'après l'article 23 de la directive 2011/83/UE, soutenu par son considérant 56¹⁵⁹³ :

« 1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces permettant de faire respecter la présente directive.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à un ou plusieurs des organismes ci-après, tels que déterminés par le droit national, de saisir en vertu dudit droit les tribunaux ou les organes administratifs compétents pour faire appliquer les dispositions nationales transposant la présente directive :

a) les organismes publics ou leurs représentants;

b) les organisations de consommateurs ayant un intérêt légitime à protéger les consommateurs;

c) les organisations professionnelles ayant un intérêt légitime à agir ».

crédit revolving, à l'encadrement des crédits à la consommation et à la protection des consommateurs par l'action de groupe » déposée le 2 septembre 2009 à l'Assemblée nationale ; Rapport d'information n° 499 (2009-2010) de L. BÉTEILLE et R. YUNG sur « l'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs », au nom de la commission des lois, déposé au Sénat le 26 mai 2010 ; Proposition de loi n° 110, de J.-P. GIRAN, « visant à instaurer le recours collectif de consommateurs », déposée le 24 juillet 2012 à l'Assemblée nationale.

¹⁵⁹⁰ Projet de loi n° 1015 « relatif à la consommation » présenté au nom des ministres J.-M. AYRAULT et P. MOSCOVICI à l'Assemblée nationale le 2 mai 2013.

¹⁵⁹¹ Communiqué du Conseil des ministres du 2 mai 2013 sur le projet de loi « Hamon », <http://archives.gouvernement.fr/ayrault/gouvernement/consommation.html>.

¹⁵⁹² S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC* juillet 2013, n° 7, étude 9, précité.

¹⁵⁹³ Considérant 56 de la directive 2011/83/UE : « Les personnes ou organisations considérées, selon le droit national, comme ayant un intérêt légitime à protéger les droits contractuels des consommateurs devraient disposer du droit d'engager une action, soit devant un tribunal, soit auprès d'une autorité administrative compétente pour statuer sur les réclamations ou pour engager une action en justice appropriée ».

La directive de 2011 n'évoque pas précisément l'action de groupe mais laisse aux Etats-membres le choix des moyens adéquats et efficaces pour assurer le respect du droit de la consommation. La directive de 1993 ne donnait pas non plus d'indications quant à une éventuelle action en réparation collective des associations de consommateurs¹⁵⁹⁴, ni même quant à la procédure (notamment la compétence territoriale des juridictions¹⁵⁹⁵) devant être respectée par ces dernières dans le cadre de leur action.

709. La Cour de justice a seulement rappelé que les Etats-membres sont fondés à mettre en place « [...] les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités respectent les principes de l'équivalence et d'effectivité »¹⁵⁹⁶. La protection des consommateurs par le jeu de l'action en réparation assurée par l'action de groupe répond à cette exigence. La Cour a même admis l'action collective des associations de consommateurs¹⁵⁹⁷. La loi « Hamon » illustre bien le principe de l'autonomie procédurale accordée aux Etats-membres¹⁵⁹⁸ ; car si elle transpose la directive de 2011 d'harmonisation maximale, la directive de 1993 est toujours applicable, et lui permet, par son degré minimal d'harmonisation, de mettre en place l'action de groupe telle que son autonomie procédurale le lui permet.

710. Articles L.423-1 à L.423-26 du C. Consom. – L'action de groupe apparaît au sein du premier chapitre de la loi « Hamon » et se trouve maintenant dans le troisième chapitre du Code de la consommation (et non pas dans le Code de procédure civile tel que cela avait pu

¹⁵⁹⁴ CJUE, 27 février 2014, aff. C-470/12, *Pohotovost' s. r. o. contre Miroslav Vašuta*, précité, point n° 45.

¹⁵⁹⁵ CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León contre Anuntis Segundamano España SL*, points n° 28 à 30

¹⁵⁹⁶ CJCE, 13 juillet 2006, aff. C-295/04 à C-298/04, *Vincenzo Manfredi (C-295/04) contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito (C-296/04) contre Fondiaria Sai SpA, et Nicolò Tricarico (C-297/04), Pasqualina Murgolo (C-298/04) contre Assitalia Sp*, point n° 77.

¹⁵⁹⁷ CJUE, 27 février 2014, aff. C-470/12, *Pohotovost', précité*, point n° 54 : « En ce qui concerne la possibilité pour une association de protection des consommateurs d'invoquer dans ce contexte le même article, il convient de constater que le refus d'admission de cette intervention dans une procédure mettant en cause un consommateur n'affecte pas le droit de ladite association à un recours juridictionnel effectif pour la défense des droits qui lui sont reconnus en tant qu'association de ce type, consistant, notamment, en ses droits d'action collective qu'elle tient de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/13 » ; CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León contre Anuntis Segundamano España SL*, précité : dans cet arrêt, la Cour n'avait fait que répondre à une question préjudicielle relative à la compétence territoriale des juridictions devant lesquelles les associations étaient fondées à agir en cessation et leurs voies de recours à l'encontre d'une décision d'incompétence territoriale, sans remettre en cause les pouvoirs de l'association de consommateurs.

¹⁵⁹⁸ Cf. note 382 s.

être imaginé à l'image des droits québécois et américain¹⁵⁹⁹, ni même au sein du droit administratif pour répondre au poids du contentieux administratif dit « sériel »¹⁶⁰⁰), aux articles L.423-1 à L.423-26, et dont le décret d'application est entré en vigueur au 1^{er} octobre dernier¹⁶⁰¹. L'attente de la doctrine et des praticiens était telle que la réforme portant sur l'action de groupe éloigne le relevé d'office. On parle d'« [...] avancée spectaculaire [...] »¹⁶⁰² et « [...] inéluctable »¹⁶⁰³ et même de « [...] l'une des plus importantes loi de l'histoire du droit de la consommation [...] »¹⁶⁰⁴. Longtemps désirée¹⁶⁰⁵, l'action de groupe est la bienvenue dans le paysage du droit de la consommation et participe aussi sur un autre registre, à l'effectivité du droit de la consommation. La doctrine avait souhaité l'action de groupe au regard des litiges de « masses » tels que ceux portant sur les contrats de téléphonie mobile qui utilisent largement les contrats types. La réforme est plus logique que celle de 2008 qui n'intervient qu'*a posteriori* de la naissance d'un litige en donnant plus de pouvoir au juge pour trancher celui-ci¹⁶⁰⁶. Le premier alinéa de l'article L.141-4 du Code de la consommation avait déçu, à cause du « peut » ; si la réforme n'a pas supprimé l'imperfection, l'action de groupe tente d'assurer davantage l'effectivité de la protection du consommateur. Pourtant, à peine adoptée, elle fait déjà l'objet d'une saisine du

¹⁵⁹⁹ D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, «L'introduction de l'action de groupe en droit français», *JCP E* 20 mars 2014, n° 12, p. 1144.

¹⁶⁰⁰ Sur cette question, v. P. CASSIA, «Vers une action collective en droit administratif?», *Revue Française de Droit Administratif*, 2009, p. 657 et A. DEZALLAI, «Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ?», *Revue Française de Droit Administratif*, 2011, p. 925.

¹⁶⁰¹ Décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 « relatif à l'action de groupe en matière de consommation » ; sur ce décret, v. J. JULIEN, «Publication du décret d'application relatif à l'action de groupe», *JCP E* 2 octobre 2014, n° 40, act. 704.

¹⁶⁰² J. JULIEN, «Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation», *JCP CCC* mai 2014, n° 5, doss. 2.

¹⁶⁰³ M. ALBERTINI, «3 QUESTIONS Apports, et incertitudes de la nouvelle action de groupe», *JCP E* 12 juin 2014, n° 24, 416.

¹⁶⁰⁴ D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, «L'introduction de l'action de groupe en droit français», *JCP E* 20 mars 2014, n° 12, p. 1144, *précité*.

¹⁶⁰⁵ X. LAGARDE, «Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation», note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, *JCP G* 25 février 2009, vol. II, n° 9, 10037, *précité* : « [l'action de groupe] constitue une sorte de privatisation de la régulation des activités économiques (V. sur ce point, Les actions de groupe, colloque Université Paris X-Nanterre : Rev. Lamy dr. civ. nov.-déc. 2006). Dans un pays qui n'a pas un goût immodéré pour les privatisations, encore moins lorsque celles-ci touchent les mécanismes de régulation, il est douteux que la greffe prenne. Cet arrêt en est une preuve supplémentaire. Lorsque le consommateur est défaillant, les pouvoirs publics préfèrent encore aujourd'hui substituer l'intervention du juge plutôt que d'offrir aux consommateurs les moyens de leur action ».

¹⁶⁰⁶ *Ibid* : « Sans doute est-il hors de discussion qu'entre professionnels et consommateurs, il importe de veiller à une effective égalité des armes. Il serait cependant opportun que celle-ci passe par un renforcement des moyens procéduraux des parties faibles plutôt que par une altération de l'office du juge ».

Conseil constitutionnel¹⁶⁰⁷ au regard de la liberté personnelle des consommateurs¹⁶⁰⁸, du droit de la concurrence¹⁶⁰⁹, et du principe du contradictoire.

Maintenue sur la plupart de ses aspects, la procédure de l'action de groupe répond à un mécanisme particulier.

B. Le mécanisme de l'« action de groupe »

Avant que la loi « Hamon » ne leur donne la possibilité d'agir au nom des consommateurs, les associations de consommateurs s'étaient déjà organisées pour faciliter l'accès au tribunal par un groupement des litiges individuels. Certes, ces derniers ne pouvaient pas agir à la place des consommateurs (« nul ne plaide par procureur »¹⁶¹⁰) ; dans les faits, lorsqu'un consommateur était confronté à une difficulté face à un professionnel et que son dossier était similaire à celui d'un autre consommateur, les associations de consommateurs renvoyaient ce dernier auprès du conseil déjà en charge du dossier en question. Cette pratique permettait un traitement groupé des litiges, à défaut de pouvoir grouper le litige en un seul.

La procédure de l'action de groupe répond à la difficulté du contentieux de masse que représente le droit de la consommation. Si chaque préjudice individuel semble dérisoire ou en tout cas trop faible pour valoir la peine d'être défendu devant un juge, l'addition de plusieurs préjudices similaires a un poids plus significatif¹⁶¹¹ et modifie sensiblement cette difficulté. La mise en œuvre de l'action de groupe (1°) présente un intérêt pour l'ensemble des consommateurs qui pourront profiter de ses effets (2°).

¹⁶⁰⁷ Saisine du 17 février 2014.

¹⁶⁰⁸ Selon les requérants, « [...] la procédure instituée par les dispositions contestées ne garantit pas que chaque consommateur sera mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause à l'action engagée pour son compte par l'association agréée ; que les députés soutiennent qu'il en résulte une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif des consommateurs ; que, selon les sénateurs, qui mettent en cause en particulier la procédure d'action de groupe simplifiée, ces dispositions portent atteinte à la liberté personnelle des consommateurs » (considérant 12 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014) ; le Conseil constitutionnel rétorque que par le jeu de la publicité et de l'information des consommateurs, ces derniers sont libres de choisir de se joindre ou non à l'action de groupe (considérant 16).

¹⁶⁰⁹ Les requérants avaient dénoncé une méconnaissance de la présomption d'innocence (considérant 21 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014), écartée par le Conseil constitutionnel (considérant 23 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014).

¹⁶¹⁰ Sur cette notion au regard du pouvoir d'agir, v. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, *précité*, p. 339 ; F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! - De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD Civ.* 1985, *précité*, p. 251.

¹⁶¹¹ Il peut d'ailleurs représenter une somme non négligeable pour le professionnel qui fait un bénéfice considérable par le biais d'une pratique illicite multipliée par le nombre de contrats conclus.

1° La mise en œuvre de l'action de groupe

L'action de groupe doit répondre à des conditions particulières (a) pour déterminer si la procédure (b) qui lui est attachée peut être engagée et poursuivie par le juge.

a) Les conditions de l'action de groupe

Les conditions essentielles pour que l'action de groupe soit ouverte, portent à la fois sur ses acteurs et sur son objet.

711. Les associations « agréées ». – Seules les associations agréées au niveau national¹⁶¹² peuvent exercer une action collective au nom des consommateurs¹⁶¹³ devant le juge du tribunal de grande instance¹⁶¹⁴. Il existe actuellement 16 associations agréées en France¹⁶¹⁵.

712. Le « groupe » de consommateurs. – Pour une définition du consommateur de manière autonome, reste à s'en référer au nouvel article préliminaire du Code de la consommation, or, l'action de groupe renvoie à une pluralité de consommateurs. Alors que le Ministre B. HAMON avait utilisé la formule « un nombre significatif de consommateurs » pour désigner les victimes d'un préjudice visées par l'action de groupe, le Code de la consommation, lui, utilise la formule : « des consommateurs » au premier alinéa de l'article L.423-1, ou encore « le groupe des consommateurs » au premier alinéa de l'article L.423-3 du

¹⁶¹² Article L.423-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation : « Une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 411-1 peut agir devant une juridiction civile [...] » ; le législateur fait un renvoi à l'article L.411-1 du même code selon lequel : « Les conditions dans lesquelles les associations de défense des consommateurs peuvent être agréées, après avis du ministère public, compte tenu de leur représentativité sur le plan national ou local ainsi que les conditions de retrait de cet agrément sont fixées par décret ».

¹⁶¹³ Cette condition veut se prémunir des « dérives » soulignées à l'égard de la *class actions* américaine, qui permet à un professionnel (concurrent) de s'adresser à un avocat aux fins d'engager l'action à l'encontre d'un professionnel. Cette possibilité n'est pas jugée conforme à l'exigence de protection des consommateurs en France, et n'a pas été reprise.

¹⁶¹⁴ Article L. 211-15 du code de l'organisation judiciaire, issu de l'article 2, I de la loi Hamon : « Les tribunaux de grande instance connaissent des actions de groupe définies au chapitre III du titre II du livre IV du code de la consommation ».

¹⁶¹⁵ D'après l'Institut National de la Consommation (<http://www.conso.net>, liste de mars 2014 consultée le 1^{er} octobre 2014), les associations de consommateurs agréées : « [...] sont issues de 3 grands mouvements différents :

- mouvement familial : le Cnafal, la CNAFC, La CSF, Familles de France, Familles Rurales, regroupés au sein de l'Unaf ;
- mouvement syndical : l'Adeic, l'AFOC, l'Indecosa-CGT, l'ALLDC ;
- mouvement consumériste et spécialisé : l'UFC *Que Choisir* et la CLCV pour les problèmes de consommation. La CGL et la CNL pour le logement. La Fnaut pour les transports ». L'ASSECO-CFDT fait aussi partie des associations agréées au niveau national (www.economie.gouv.fr; liste du 7 mai 2013, consultée le 1^{er} octobre 2014).

Code de la consommation. On devrait pouvoir considérer que deux consommateurs seulement puissent constituer le « groupe ». Le pluriel utilisé par le législateur ne quantifie pas précisément le groupe ; mais on peut imaginer qu'il sera rare que le professionnel ne porte atteinte aux droits de seulement deux consommateurs alors que ses manquements seront surtout constatés à l'occasion de contrats types, et qu'il fera usage d'une pratique commerciale usuelle pour conclure ces contrats et en faire la promotion.

713. Les professionnels. – L'action vise spécifiquement les professionnels : « [...] un ou des mêmes professionnels [...] ». Il faut donc s'en référer à la définition que la directive en donne à l'article 2 : le professionnel est considéré comme « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ». Le critère de l'« activité » est facile à définir. Le manquement dénoncé est strictement lié à son activité professionnelle puisqu'il résulte de celle-ci : contrat de vente ou de prestation de service et pratique anticoncurrentielle. L'action vise à la fois un professionnel unique ou plusieurs professionnels : il faut simplement que ces derniers soient communs au groupe de consommateurs qui aient tous été lésés par ce ou ces mêmes professionnels. L'action vise aussi le professionnel de manière large, qu'il soit coupable d'un manquement dans ses obligations contractuelles ou légales ; l'action vise donc tout professionnel dont le manquement cause un préjudice au consommateur : distributeur, fournisseur, etc. qui n'a pas de lien contractuel direct avec le consommateur.

714. L'origine du litige. – L'action est limitée aux litiges nés de la vente d'un bien, d'une prestation de service ou d'une pratique commerciale abusive/anticoncurrentielle en raison du manquement par le professionnel aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions prévues par le code ou le contrat lui-même. Il est nécessaire que les litiges soient identiques ou en tout cas similaires pour l'ensemble du groupe de consommateurs concerné par l'action.

La réforme prévoit cependant une possible extension de l'objet de l'action au domaine de l'environnement et de la santé¹⁶¹⁶.

¹⁶¹⁶ Article 2, VI de la loi Hamon : « Trente mois au plus tard après la promulgation de la présente loi, le Gouvernement remet au Parlement un rapport évaluant les conditions de mise en œuvre de la procédure d'action de groupe et propose les adaptations qu'il juge nécessaires. Il envisage également les évolutions possibles du champ d'application de l'action de groupe, en examinant son extension aux domaines de la santé et de l'environnement ».

715. La réparation du préjudice « économique ». – Il ne s'agit que de réparer un préjudice matériel¹⁶¹⁷, soit, économique et non physique/moral, qui relève d'une trop grande individualisation du préjudice¹⁶¹⁸ et qui ne présente pas l'utilité d'un recours à l'action de groupe « [...] dont la finalité est d'inciter les victimes à agir »¹⁶¹⁹. Il peut s'agir d'un manque à gagner ou d'une perte financière (ce dernier cas est le plus courant).

b) La procédure de l'action de groupe

L'action de groupe, qui se distingue en trois phases pour le déroulement de sa procédure¹⁶²⁰ se subdivise elle-même en deux pôles car il existe deux procédures pour une mise en œuvre de cette action¹⁶²¹ : celle de principe, dite « normale » (α), et celle que le Code de la consommation qualifie de « simplifiée » (β).

α) La procédure « normale »

716. Phase « contentieuse ». – Lorsque l'association introduit l'action au nom d'un groupe de consommateur, elle soumet au juge quelques cas individuels au soutien de cette action. Le juge saisi doit d'abord se prononcer sur la recevabilité de l'action engagée par l'association au regard des conditions précitées et détermine la responsabilité du professionnel

¹⁶¹⁷ Article L.423-1, alinéa 2 du Code de la consommation: « L'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs ».

¹⁶¹⁸ Cette excuse n'est pas valable pour le professeur J. JULIEN : « Il n'est pas certain que l'argument soit dirimant, d'autant plus que certains autres systèmes juridiques connaissent bien de telles actions. Il est plus vraisemblable que la limitation aux dommages matériels ait été motivée par un sentiment de prudence devant l'instauration d'une procédure complètement nouvelle dans notre droit » ; J. JULIEN, « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *JCP CCC* mai 2014, n°5, doss. 2, *précité*.

¹⁶¹⁹ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI et L. RASCHEL, « L'action de groupe à la française: tout vient à point à qui sait attendre! », *Responsabilité civile et assurances*, mai 2014, n° 5, étude 4, *précité*.

¹⁶²⁰ Et que l'on pourrait résumer en trois mots : responsabilité, information, indemnisation.

¹⁶²¹ La procédure de l'action de groupe spécifique aux manquements du consommateur à ses obligations qui découlent du droit de la concurrence répond à des exigences particulières prévues aux articles L.423-17 à L.423-19 du Code de la consommation (ces dispositions renvoient notamment à la nécessité d'une décision préalable sur la responsabilité du professionnel pour la mise en jeu de l'action de groupe à son encontre et au délai de prescription). Sur ce point, v. T. D'ALÈS et A. CONSTANS, « Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP E* 5 juin 2014, n° 23, p. 1306 et E. CLAUDEL, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD Com.* 2014, p. 339.

visé¹⁶²². Si cette responsabilité est déterminée, il définit le critère de rattachement de celle-ci aux consommateurs¹⁶²³. Il doit ensuite qualifier les préjudices subis et les évaluer¹⁶²⁴.

717. Phase « non contentieuse ». – Lorsque les voies de recours ne sont plus ouvertes au professionnel à l'encontre de la décision du juge déterminant sa responsabilité (« [...] afin de préserver la réputation des professionnels en cause [...] »¹⁶²⁵), la phase « contentieuse » laisse place à celle dite « non contentieuse » : c'est une phase d'information par laquelle la décision du juge quant à la responsabilité du professionnel est publiée¹⁶²⁶ et dont les frais de mise en œuvre sont supportés par ce dernier¹⁶²⁷. Par ce biais, les consommateurs victimes du même préjudice peuvent se joindre à la procédure pour obtenir réparation dans les conditions définies par le juge¹⁶²⁸.

718. S'ouvre une phase dite d'« *opt-in* » par laquelle le consommateur manifeste expressément sa volonté de bénéficier des effets de l'action de groupe engagée¹⁶²⁹. Sur ce point, le gouvernement n'a pas souhaité que celle de l'*opt-out* soit intégrée au droit français à l'image du droit américain. Par cette procédure, le consommateur doit, à l'inverse, manifester sa volonté de ne pas faire partie de l'action de groupe engagée à l'encontre du professionnel

¹⁶²² Article L.423-3, alinéa 1^{er} du Code de la consommation : « [...] le juge constate que les conditions de recevabilité mentionnées à l'article L. 423-1 sont réunies et statue sur la responsabilité du professionnel, au vu des cas individuels présentés par l'association requérante ».

¹⁶²³ Extrait de l'article L.423-3, alinéa 1^{er} du Code de la consommation, *précité* : « Il définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement ».

¹⁶²⁴ Article L.423-3, alinéa 2 du Code de la consommation : « Le juge détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, ainsi que leur montant ou tous les éléments permettant l'évaluation de ces préjudices. Lorsqu'une réparation en nature du préjudice lui paraît plus adaptée, le juge précise les conditions de sa mise en œuvre par le professionnel ».

¹⁶²⁵ C. AUBERT DE VINCELLES, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879, *précité*.

¹⁶²⁶ Article L.423-4, alinéa 1^{er} du Code de la consommation : « S'il juge que la responsabilité du professionnel est engagée, le juge ordonne par la même décision les mesures adaptées pour informer de cette décision les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe ».

¹⁶²⁷ Article L.423-4, alinéa 2 du Code de la consommation : « Les mesures de publicité de la décision sont à la charge du professionnel. Elles ne peuvent être mises en œuvre qu'une fois que la décision sur la responsabilité n'est plus susceptible de recours ordinaires ni de pourvoi en cassation ».

¹⁶²⁸ Article L.423-5, alinéas 1 et 2 du Code de la consommation : « Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation de leur préjudice. Ce délai ne peut être inférieur à deux mois ni supérieur à six mois après l'achèvement des mesures de publicité ordonnées par lui.

Il détermine les modalités de cette adhésion et précise si les consommateurs s'adressent directement au professionnel ou par l'intermédiaire de l'association ou de la personne mentionnée à l'article L. 423-9 ».

¹⁶²⁹ Sur ce point, la procédure présente à la fois une difficulté pratique et une insécurité juridique ; M. ALBERTINI, « 3 QUESTIONS Apports, et incertitudes de la nouvelle action de groupe », *JCP E*, 12 juin 2014, n° 24, 416, *précité* : « L'apparition tardive du consommateur dans la procédure va être source de difficultés tant pour le juge que pour les entreprises ».

s'il ne souhaite pas en profiter. L. BORÉ définit même la « class actions » comme « [...] l'action par laquelle une personne est habilitée à représenter en justice un groupe de personnes sans avoir obtenu préalablement leur accord exprès »¹⁶³⁰. Un arrêt rendu par le Conseil constitutionnel¹⁶³¹ a clairement rejeté cette procédure jugée non conforme à notre droit. On peut d'ailleurs encore souligner la similitude des préoccupations du droit du travail et du droit de la consommation révélées par cette décision, et attachées à la question de la défense d'une partie dite « faible » (le salarié et le consommateur).

Toujours est-il que lorsque le consommateur adhère au groupe il sait par avance qu'il sera indemnisé. La procédure « simplifiée » n'est pas sensiblement différente, elle est simplement plus rapide.

β) La procédure « simplifiée »

Si les éléments (identification des consommateurs et montant du préjudice identique) permettent la mise en œuvre de la procédure dite « simplifiée », celle-ci permet aux consommateurs d'être plus rapidement indemnisés¹⁶³². Dans une telle procédure, le juge peut prononcer la condamnation du professionnel à l'indemnisation directe et individuelle des consommateurs identifiés dans un délai déterminé (l'article L.423-10 alinéa 1^{er} évoque cette fois-ci un professionnel unique). Malgré sa rapidité par rapport à la procédure « normale », il est facile de distinguer les trois phases de la procédure au sein de cette dernière.

719. Le principe du contradictoire. – Le Conseil constitutionnel avait été saisi de la question du principe du contradictoire dont le respect avait été remis en cause au regard de la procédure de l'action de groupe. La critique portait à dire que l'action de groupe ne permettait pas au professionnel de connaître l'identité des personnes composant le groupe ni de se

¹⁶³⁰ L. BORÉ, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p. 267, *précité*.

¹⁶³¹ DC n° 89-257, 25 juillet 1989, sur la loi « modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion ». Dans cet arrêt, le Conseil constitutionnel avait décidé que le fait pour un syndicat d'agir au nom du salarié était contraire à la constitution, sauf si ce salarié avait « [...] été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause [...] » et à condition « [...] qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à son action » (considérant 24). Sur l'action collective des syndicats, v. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris : LexisNexis, 2013, *précité*, p. 283.

¹⁶³² L.423-10, alinéa 1^{er} du Code de la consommation : « Lorsque l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus et lorsque ces consommateurs ont subi un préjudice d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée, le juge, après avoir statué sur la responsabilité du professionnel, peut condamner ce dernier à les indemniser directement et individuellement, dans un délai et selon des modalités qu'il fixe ».

défendre au regard de la décision constatant sa responsabilité, qu'il s'agisse de la procédure normale¹⁶³³ ou simplifiée¹⁶³⁴.

Le Conseil décide tout simplement que : « [...] les dispositions des articles L. 423-3 et L. 423-10, en vertu desquelles la première étape de la procédure se déroule sans qu'aient été déterminés au préalable le nombre et l'identité des consommateurs qui demanderont effectivement à être indemnisés dans les termes du jugement rendu à l'issue de cette étape, ne méconnaissent pas les droits de la défense »¹⁶³⁵. Le Conseil considère que « [...] le professionnel défendeur à l'instance peut, lors de la première étape de la procédure, faire valoir, outre les exceptions relatives à la recevabilité de cette action, tous les moyens de défense relatifs à la mise en cause de sa responsabilité, à la définition du groupe des consommateurs à l'égard desquels celle-ci est engagée, aux critères de rattachement à ce groupe, aux préjudices susceptibles d'être réparés, ainsi qu'à leur montant ou aux éléments permettant l'évaluation des préjudices »¹⁶³⁶, et que s'agissant de la procédure simplifiée, « [...] l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus du professionnel dès la première étape de la procédure »¹⁶³⁷. De plus, « [...] le professionnel peut, lors de la troisième étape de la procédure, faire valoir devant le juge saisi en application des dispositions de l'article L. 423-12, tous les autres moyens de défense relatifs à l'indemnisation individuelle des consommateurs intéressés »¹⁶³⁸. Le respect du contradictoire, limite invariable issue des principes directeurs, s'applique encore au juge, lorsque ce dernier doit trancher sur la responsabilité d'un professionnel engagée par une association au nom des consommateurs.

2° Les effets de l'action de groupe

720. Le dédommagement. – L'action vise « la réparation des préjudices individuels »¹⁶³⁹ ; l'objectif de l'action de groupe constitue donc la dernière phase de la procédure (non contentieuse). Lorsque le délai pour que les consommateurs avertis de la mise en jeu de la responsabilité du professionnel se joignent à la procédure est écoulé, le juge procède à la « mise en œuvre du jugement », à la « liquidation des préjudices » et à son

¹⁶³³ Considérant 13 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014 : « [...] une atteinte au droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ».

¹⁶³⁴ Considérant 14 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014 : « [...] le professionnel ne disposerait pas d'une voie de recours pour contester, sur ce point, le jugement statuant sur sa responsabilité ».

¹⁶³⁵ Considérant 19 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014.

¹⁶³⁶ Considérant 17 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014.

¹⁶³⁷ Considérant 18 de la décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014.

¹⁶³⁸ *Ibid.*

¹⁶³⁹ Article L.423-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation, *précité*.

« exécution » par le professionnel¹⁶⁴⁰. La décision rendue par le juge a autorité de chose jugée à l'égard de tous les consommateurs partis à l'action de groupe¹⁶⁴¹. L'intérêt premier de l'action est une indemnisation de chaque consommateur lésé et appartenant au groupe¹⁶⁴².

Le professeur D. LEGEAIS gagnera-t-il son pari ?¹⁶⁴³ L'action de groupe nous réserve t'elle d'autres rebondissements ? Le professeur n'a pas pris beaucoup de risque tant cette procédure est nouvelle et récente dans notre droit interne, sujette à une intervention presque instantanée du Conseil constitutionnel et à divers questionnements non résolus par la loi « Hamon »¹⁶⁴⁴.

L'association UFC *Que Choisir* a en tout cas pris les devants, c'est elle qui expérimentera l'action de groupe la première à l'encontre du groupe d'administrateur de biens « Foncia » pour une action qui « [...] pourrait potentiellement concerner 318 000 locataires, pour la restitution de sommes évaluées à 44 millions d'euros sur cinq ans »¹⁶⁴⁵. Cette action se fonde sur une précédente condamnation du groupe en décembre 2013 en raison de la facturation de frais désignés sous l'appellation « service d'avis d'échéance »¹⁶⁴⁶. Minimales, ces frais, qui étaient demandés de manière injustifiée, avaient été demandés à un très grand nombre de consommateurs et avait rapporté une somme considérable au professionnel. L'action de groupe démontre son utilité pour des préjudices qui, sans elle, seraient restés isolés et n'auraient pas été réparés ; une utilité qui, pour G. FAUVET vient en soutien de l'action judiciaire¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁰ Intitulé de la section 4 du chapitre III (« Action de groupe ») du Code de la consommation.

¹⁶⁴¹ Article L.423-21 du Code de la consommation : « Les décisions prévues aux articles L. 423-3 et L. 423-10 ainsi que celle résultant de l'application de l'article L. 423-16 ont également autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure ». Des consommateurs non partis à l'action peuvent encore agir pour obtenir réparation d'un préjudice identique de manière individuelle, cependant, une nouvelle action de groupe ne sera plus possible pour les mêmes faits et manquements visant la réparation du même préjudice (L.423-23 du Code de la consommation).

¹⁶⁴² Article L.423-11 du Code de la consommation : « Le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur, dans les conditions, limites et délais fixés par le jugement mentionné à l'article L. 423-3 ».

¹⁶⁴³ D. LEGEAIS, « Histoire d'un mort-né », *RD ban. fin.* mars 2014, n° 2, repère 2, *précité*.

¹⁶⁴⁴ La question se pose notamment quant au financement des actions de groupe : C. AUBERT DE VINCELLES, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879, *précité* : « Essentiellement assuré par les associations requérantes, aux ressources limitées, le financement n'a été abordé qu'indirectement par le recours possible à une personne appartenant « à une profession judiciaire réglementée », comme les avocats, dont les frais pourront être assurés en partie au moyen d'une provision allouée par le juge à l'ouverture de l'action (art. L. 423-8 et L. 423-9). Il faut espérer que la question du financement de l'action, non résolue globalement dans la présente loi, laissera au moins la place à des actions exemplaires sans entraîner son ineffectivité ».

¹⁶⁴⁵ A. PORTMANN, « Première action de groupe à la française contre la facturation induite d'avis d'échéance de loyers », *D.*, 2 octobre 2014.

¹⁶⁴⁶ A.-J. CONTENAY, « La première action de groupe française vise Foncia », Publié à 07h08, le 1^{er} octobre 2014, sur <http://www.europe1.fr>.

¹⁶⁴⁷ Le juge G. FAUVET avait souligné la solitude du juge face à ces litiges de masse ; cf. annexe 3 : entretien avec G. FAUVET, juge du TI de Pertuis du jeudi 16 octobre 2014, *précité*.

721. L'accès au juge. – Si l'action de l'association, de manière générale, suppose un rééquilibrage de la relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur, il faut souligner que cette action permet de faciliter l'accès du consommateur au juge et donc au droit de la consommation¹⁶⁴⁸. L'action de groupe et celle des associations de consommateurs de manière générale, permet un accès au juge et au tribunal à des consommateurs qui se trouvent dans une situation d'ignorance et de découragement et qui, s'ils étaient seuls face à un professionnel, ne prendraient même pas la peine d'aller devant le juge¹⁶⁴⁹.

722. Le paradoxe du « cavalier seul ». – Lorsqu'un grand nombre de personnes sont lésées par le même préjudice de la part d'un professionnel identique, chacune d'entre elles s'imaginera que les autres mettront une action en mouvement ; dans ces situations, elles imaginent avoir un plus grand intérêt à attendre que quelqu'un le fasse à leur place pour pouvoir ensuite s'y joindre, ce qui est plus facile que d'en prendre l'initiative. A l'inverse, un consommateur seul n'aura aucun « regret » à actionner la machine judiciaire sachant qu'il n'en a pas le choix et que personne d'autre ne peut le faire à sa place. En droit de la consommation, l'union ne fait pas la force des consommateurs¹⁶⁵⁰. Par l'action de l'association, ils sont donc doublement protégés : ils le sont avant l'accès au juge, mais aussi après, par le relevé d'office des moyens de droit par le juge auquel ils ont eu accès.

723. La dissuasion. – Si l'action de groupe est une procédure réparatrice, elle n'en est pas moins dissuasive pour les professionnels invités à respecter strictement les obligations qui leurs incombent. En ce sens, l'action de groupe remplit un rôle préventif.

Il faut noter que l'action de groupe en réparation du préjudice va moins loin que celle exercée par les associations de consommateurs en suppression des clauses abusives, dont la décision à effet *erga omnes* concerne tout consommateur lésé par la même clause abusive sans qu'il n'ait besoin de se joindre à une action judiciaire en particulier. Cet effet *erga omnes* est même reconnu aux agents administratifs qui peuvent en faire la demande. Le législateur n'a pas semblé vouloir donner à l'action de groupe en réparation d'un dommage patrimonial les mêmes effets, qui présentent plus de risques et d'insécurité juridique : dans l'un il ne s'agit que de la suppression d'une clause qui ne bouleverse que le contrat litigieux et le rapport

¹⁶⁴⁸ Pour une réflexion générale sur ce point : O. GOUT, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA*, 30 mai 2008, n° 109, p. 20, *précité*.

¹⁶⁴⁹ Cette facilité de l'accès au tribunal, renvoie à celle mise en place par l'aide juridictionnelle ; sur cette question : des discussions toujours vives sur leur financement et des réformes constantes : M. BABONNEAU, « Aide juridictionnelle : 43 millions d'euros supplémentaires », *Dalloz Actualité*, 23 septembre 2014.

¹⁶⁵⁰ C'est le paradoxe « d'Olson », ou du « cavalier seul » ; Mancur OLSON à l'origine de cette théorie est un économiste américain du XX^e siècle (1932-1998).

contractuel entretenu avec le consommateur, dans l'autre il s'agit d'un impact considérable sur le patrimoine du professionnel qui devrait indemniser des consommateurs n'étant même pas partie à l'action et contre lesquels il n'aurait pas eu l'occasion de se défendre.

Dans tous les cas un tel effet ne semble pas possible en pratique car le juge doit tout de même calculer le préjudice et l'indemnisation de chacun des consommateurs présents dans le groupe. Lorsqu'il a rempli cette mission, la procédure est terminée et l'action est close. Pourtant, peut-on imaginer qu'un effet *erga omnes* sera plus tard reconnu au pouvoir judiciaire sans qu'une demande ne soit formulée en ce sens ? Une telle possibilité, strictement cantonnée à la nullité de la clause, ne viendrait pas mettre en danger la protection des consommateurs, l'équilibre du marché et l'exigence de sécurité juridique.

CONCLUSION DE CHAPITRE

724. Il n'est pas dit, à la lecture des évolutions proposées par la loi « Hamon » de transposition de la directive 2011/83/UE, que le législateur ait entendu s'aligner parfaitement sur les exigences du droit européen. Les réformes récentes démontrent que la protection du consommateur est une préoccupation commune mais que les moyens diffèrent.

Le législateur insère un nouvel alinéa 2 à l'article L.141-4 du Code, qui impose au juge d'écarter d'office la clause abusive lorsqu'elle est constatée. Conforme au droit européen, il crée une différence entre les dispositions du code (relevées d'office de manière facultative) et la clause abusive (dont la nullité est obligatoirement relevée d'office). Le prononcé de la déchéance du droit aux intérêts est soumis à une faculté. La rédaction de cet article révèle un décalage partiel avec le droit européen : l'obligation du relevé d'office du caractère abusif de la clause n'est toujours pas consacrée (sauf au regard de l'application particulière de la liste réglementaire dite « noire » qui prévoit, pour certaines clauses, une présomption irréfragable de leur caractère abusif). Au regard de la déchéance du droit aux intérêts, la Cour de justice rappelle l'effet utile du droit européen de la consommation au juge français. Elle précise que cette sanction ne vise pas seulement les intérêts conventionnels mais aussi ceux légaux, en vertu des principes d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion.

725. La sanction de la clause abusive est renforcée car les agents administratifs ont aussi le pouvoir de prononcer des amendes conséquentes, à la fois à l'encontre des manquements des professionnels à leurs obligations de manière générale, mais aussi lorsque ces derniers font usage de clauses abusives dans leurs contrats. Les agents peuvent aussi en demander la nullité, avec un nouvel effet *erga omnes* accordé par la loi « Hamon » conformément au droit européen. Cet effet a été étendu aux actions en suppression des clauses abusives déjà reconnues aux associations de consommateurs. Ces dernières se voient dotées d'un nouvel outil : l'action de groupe, qui fait son entrée dans notre droit de la consommation.

Le relevé d'office du juge n'est plus le seul outil de protection des consommateurs et de lutte contre les clauses abusives. L'administration et les associations lui viennent en soutien par un renforcement général des sanctions. C'est toujours au juge que revient la tâche de relever d'office le moyen tiré du caractère abusif de la clause ; sur ce point l'obligation européenne n'a pas été admise.

CONCLUSION DE TITRE

En consacrant le relevé d'office du juge, et surtout l'obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause, la Cour de justice en a profité pour définir les conditions dans lesquelles celui-ci devait être assuré par les juges ainsi que les effets qu'il emporte à la fois sur le contrat et sur le professionnel à l'origine de l'irrégularité du contrat de crédit. De l'ensemble des arrêts rendus par la Cour de justice ressort clairement un renforcement de la protection des consommateurs.

726. L'obligation du relevé d'office du juge n'a pas été consacrée par le législateur qui s'attache néanmoins à assurer une réelle protection des consommateurs par la mise en place de différents moyens : d'abord par des cas de présomption irréfragable du caractère abusif de la clause mais aussi par le biais d'un renforcement des pouvoirs d'action des agents administratifs (article L.141-1, VIII, alinéa 1^{er}, 1^o) et des associations de consommateurs (article L.421-6, alinéa 3). Par cette réforme, le rééquilibrage souhaité par le droit européen de la consommation ne se fait pas seulement au niveau judiciaire, par le biais d'une action « isolée » du juge *via* le relevé d'office, mais il est aussi collectif, par le biais des associations de consommateurs. Si les sanctions judiciaires et administratives permettent de renforcer l'effectivité des droits des consommateurs, l'action de groupe permet l'effectivité de la réparation des préjudices résultants de leurs manquements. Ces acteurs assurent au juge de connaître des litiges relatifs au droit des clauses abusives qu'il n'aurait pas pu régler sans l'intervention des associations et de l'administration. Le magistrat G. FAUVET confirme que l'action de groupe permet au juge d'être « moins seul »¹⁶⁵¹.

727. L'ampleur des sanctions qui menacent désormais les professionnels peu scrupuleux a un réel effet préventif dans la protection des consommateurs. Elle renvoie à une forme de prévention du surendettement : le juge, en sanctionnant les professionnels maladroits ou malhonnêtes, a pour effet de dissuader certains d'entre eux d'être inattentifs à la réglementation du crédit à la consommation ou d'user de pratiques illégales destinées à favoriser la souscription de contrats de crédit dangereux pour les consommateurs.

Ce sont des actions en suppressions et en sanctions à raison du caractère abusif de la clause. Un caractère dont il revient toujours au juge de le relever d'office.

¹⁶⁵¹ Cf. annexe 3 : entretien avec G. FAUVET, juge du TI de Pertuis du jeudi 16 octobre 2014, *précité*.

Le législateur donne une place à l'administration et aux associations. L'intervention du juge ne suffit pas si le consommateur ne peut pas lui soumettre le litige. Encore faut-il que les consommateurs accèdent au juge : l'action collective est le moyen d'y parvenir.

728. On constate, avec la loi « Hamon », que le relevé d'office du juge n'est pas le seul instrument capable de remédier au déséquilibre entre les consommateurs et les professionnels : « L'action de groupe a pour objectif d'organiser le rééquilibrage par la voie judiciaire des rapports entre le faible et le fort. À ce titre, elle constitue un nouvel instrument de régulation du monde économique [...] »¹⁶⁵². La modernité et l'originalité de la réforme ne résultent pas du seul office du juge qui reprend de l'intérêt « [...] lorsque la prévention s'est avérée inopérante »¹⁶⁵³. Récente, la loi « Hamon » est déjà accueillie chaleureusement par la doctrine.

Le droit de l'Union n'a été que partiellement reçu par le droit interne : le droit français ne reconnaît pas d'obligation à la charge du juge dans le relevé d'office de la clause abusive. Certes, il reconnaît celui de sa nullité, mais cette dernière dépend strictement de la première étape : celle de la qualification du caractère abusif.

Le législateur européen avait souhaité une consécration du relevé d'office du juge du caractère abusif de la clause, pas seulement de sa nullité. Si le législateur français n'a pas suivie ces « recommandations », on sait que les juges pourront toujours relever les moyens de droit tirés du Code de la consommation.

¹⁶⁵² Proposition de loi n° 1897 de J.-M. AYRAULT, « relative à la suppression du crédit revolving, à l'encadrement des crédits à la consommation et à la protection des consommateurs par l'action de groupe » déposée le 2 septembre 2009 à l'Assemblée nationale, *précité*.

¹⁶⁵³ Y. PICOD et É. CHEVRIER, *Code de la consommation commenté*, 19^e éd., Paris : Dalloz, 2014, *précité*, p. 8.

CONCLUSION DE PARTIE

Le relevé d'office est un pouvoir désormais reconnu au juge, au sein du Code de la consommation, mais d'une façon quelque peu différente de celle du droit de l'Union. A peine transposée dans notre droit, la faculté qu'elle avait d'abord consacrée à la fois en droit des clauses abusives puis en droit du crédit à la consommation avait rapidement basculé sur une obligation générale du relevé d'office (du caractère abusif de la clause, de sa nullité ainsi que des mesures d'instruction). Suivie par le droit interne de manière timide avec la mise en place d'une faculté assortie d'exceptions (les moyens d'ordre public et les clauses abusives de manière irréfragable, par exemple, devant être relevées d'office, ainsi que leur nullité), le droit interne se distingue du droit européen par sa préférence pour une faculté. C'est une préférence qui permet aux juges de bénéficier d'une certaine liberté dans l'emploi du relevé d'office.

729. En intervenant ainsi en droit de la consommation, le droit de l'Union est critiqué pour méconnaître le principe de l'autonomie procédurale des Etats-membres en faveur de celui de l'effectivité du droit européen ; le premier est oublié en faveur du second. Le droit de l'Union décide dans quelle mesure l'effectivité du droit européen de la consommation doit être assurée (alors qu'elle le condamne dans l'arrêt « Cofidis »¹⁶⁵⁴, la Cour de justice avait admis le délai de forclusion ailleurs).

Pour comprendre un tel investissement du droit de l'Union dans la consécration du relevé d'office du juge en droit de la consommation, il faut saisir les enjeux du droit de la consommation. L'« effectivité » du droit de la consommation se distingue suivant deux pôles : le droit de la concurrence et le droit du marché. La question de la protection du consommateur en droit de la consommation est de deux ordres : elle est d'abord particulière, sous l'angle du droit de la concurrence ; en protégeant le consommateur, le juge sanctionne les professionnels et rétablit un équilibre au sein de la concurrence. Il sanctionne une pratique anti-concurrentielle. Protéger les consommateurs revient à empêcher les professionnels de faire des profits grâce à des pratiques commerciales déloyales, au détriment des consommateurs mais aussi des concurrents qui respectent la réglementation en vigueur (le droit de la consommation est même presque un droit parallèle de la concurrence).

La question de la protection du consommateur est ensuite générale, sous l'angle du droit économique ; la place du consommateur dans le marché économique est prise en

¹⁶⁵⁴ CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA c/J.L. Fredout*, précité.

considération (on cherche, par sa protection, à lui redonner confiance et à encourager la consommation et l'économie).

En visant la protection des consommateurs face aux pratiques illicites des professionnels, le droit de la consommation protège les professionnels des pratiques anticoncurrentielles. Au regard du droit du marché, il est dans l'intérêt des pouvoirs publics d'assurer un rapport serein entre les professionnels et les consommateurs qui représentent un maillon essentiel de l'économie.

La consécration du relevé d'office du juge est donc opportune pour la protection des consommateurs, le droit de la concurrence et du marché, mais elle est partielle en considération des limites processuelles et matérielles du droit interne.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le juge tranche le litige en droit. Pour accomplir cette mission, le Code de procédure civile prévoit que le juge dispose de divers outils pour y parvenir, dont celui du relevé d'office d'un moyen de droit. Par ce dernier, le juge ne fait pas une application mécanique de la règle de droit au litige mais participe activement à la recherche de la solution juridique, tout en respectant les principes qui gouvernent la procédure civile et qui garantissent notamment le respect du procès équitable et les droits de la défense. Le relevé d'office du juge, en droit de la consommation, prend une dimension particulière en raison du déséquilibre des parties : l'outil du relevé d'office n'est pas seulement le moyen d'appliquer la règle de droit conforme à la solution du litige mais de rétablir un équilibre entre les parties. Le relevé d'office est donc une question qui se pose, en droit de la consommation, dans l'intérêt de la partie « faible » : le consommateur. Elle intéresse la doctrine, les juges et le législateur.

En droit français c'est à travers une interprétation de l'article 12 du CPC qu'une réponse est d'abord apportée à la question du relevé d'office du juge ; il en ressort une faculté de principe. Le relevé d'office du juge, qui est une question de procédure, doit être confronté aux principes directeurs de la procédure civile pour en comprendre le mécanisme. Ces derniers sont régulièrement éprouvés par les diverses évolutions jurisprudentielles et législatives intervenues sur la question du relevé d'office ; ils permettent d'en comprendre le sens et d'en rappeler les limites.

730. L'articulation de la faculté du relevé d'office issue de la procédure civile avec le droit de la consommation est insuffisante pour assurer une protection effective du consommateur : cette dernière est parfois paralysée par le mécanisme du délai de forclusion et de la théorie des nullités. Cette paralysie est contestée par les juges du fond qui se tourneront vers le juge européen pour connaître son appréciation du relevé d'office adopté en droit de la consommation, un droit largement réglementé par le législateur européen. De cette intervention du droit européen transparaît une opposition entre d'un côté des principes anciens et de l'autre un droit nouveau, soumis à des exigences et des préoccupations qui les bousculent. Cette particularité donne son intérêt à la question du relevé d'office ; elle est justement soulignée par S. MORACCHINI-ZEIDENBERG : « Le droit de la consommation fournit un domaine d'examen particulièrement intéressant pour au moins deux raisons : d'une

part, la modernité de ses conceptions au regard des principes civilistes traditionnels ; d'autre part, l'influence qui peut s'exercer de la part de la Cour de justice de l'Union européenne »¹⁶⁵⁵.

731. La controverse du relevé d'office du juge est alors le fruit d'une divergence de conception de la « justice » que l'on emprunte à Goethe : « il n'y a pas de justice, il n'y a que des jugements » ; une idée se dégage d'une formule générale empruntée au professeur D.MAINGUY qui explique notamment comment la controverse du relevé d'office du juge en droit de la consommation a pu diviser la jurisprudence, entre celle des juges du fond, de la Cour de cassation, puis de la Cour de justice : « Mon sentiment de la justice n'est pas la vôtre »¹⁶⁵⁶. Un tel sentiment peut facilement être partagé en droit de la consommation.

732. D'abord soumis aux mutations législatives et jurisprudentielles de la procédure civile, malmené ensuite par une appréhension différente de la notion d'ordre public au regard du droit de la consommation, et enfin poussé par les exigences du droit européen, le relevé d'office du juge en est finalement ressorti indemne et consacré. S'il en déçoit certains, il en contente d'autres ; et il est parvenu à trouver un point d'équilibre.

Le droit européen a consacré le relevé d'office opportunément et réellement. D'abord facultatif, le relevé d'office devient une obligation pour le juge dès 2009. L'office du juge a considérablement progressé, passant d'une fonction purement technique d'application du droit à celle plus active d'adaptation et d'interprétation des règles du droit de la consommation. Désormais, « [...] le juge n'est plus seulement le souffleur de la loi, il est l'acteur pluriel d'un droit complexe et multiple où la hiérarchie des normes a été rebattue et vers lequel les regards se retournent dans l'espoir d'un oracle clair et intelligible sur le sens de la norme »¹⁶⁵⁷. Cette évolution du relevé d'office du juge en droit européen s'explique par une dimension économique de la protection du consommateur.

¹⁶⁵⁵ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC*, juillet 2013, n° 7, étude 9.

¹⁶⁵⁶ D. MAINGUY, « Droit et loyauté », colloque du 10 octobre 2014 tenu à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

¹⁶⁵⁷ C. LEFEBVRE et J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? », *JCP G*, 19 décembre 2011, n° 51, p. 1431.

733. La création du Code de la consommation, destiné à réglementer les relations contractuelles entre les consommateurs et les professionnels, ne vise pas seulement la protection des premiers en tant que partie faible, mais surtout en tant que maillon final d'un processus économique. Cette particularité révèle la nature « dualiste » du droit de la consommation qui a porté la controverse et qui est la « cause » de ces travaux de recherches. La controverse jurisprudentielle et doctrinale interne portant sur la nature d'ordre public de protection ou de direction des moyens tirés du Code de la consommation n'a plus lieu d'être puisque la protection du consommateur relève à la fois de l'une et de l'autre. Selon le professeur S. PIEDELIÈVRE, « en tant qu'individualité, le consommateur mérite, ou du moins il est réputé mériter, une protection supplémentaire liée à son état d'infériorité, avéré ou présumé, qui le place dans une situation différente de celle des autres contractants, ce qui relève de l'ordre public de protection. Il est également nécessaire de traiter les consommateurs comme des entités intervenant sur un marché donné dont ils permettent le bon fonctionnement, ce qui relève de l'ordre public de direction »¹⁶⁵⁸.

La doctrine évoque même plus qu'un simple intérêt mais bien un « impérialisme »¹⁶⁵⁹ du droit européen sur cette question.

734. Les Etats-membres bénéficient d'une autonomie procédurale soumise à certaines conditions, notamment celle de l'effectivité du droit de la consommation. Or, le juge européen en a fait l'instrument de consécration du relevé d'office du juge pour l'imposer aux Etats-membres, quitte à empiéter sur l'autonomie procédurale de ces derniers¹⁶⁶⁰ et à voiler les principes dispositifs : « [...] la volonté d'assurer une application effective du droit de l'Union européenne a incontestablement pris le pas sur le souci d'assurer l'autonomie procédurale des

¹⁶⁵⁸ S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908, *précité* : « Il est vrai que le droit de la consommation apparaît souvent comme une matière dualiste, en ce sens qu'elle concerne à la fois l'intérêt privé et l'intérêt public, ce qui débouche souvent sur une inadéquation des principes de droit civil traditionnel ».

¹⁶⁵⁹ Expression empruntée à A. MOURRE qui l'emploi pour justifier la limite apportée à l'autonomie procédurale des Etats membres afin d'atteindre les objectifs de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 ; v. A. MOURRE, « Protection des consommateurs. - Convention d'arbitrage. - Clause abusive. - Absence de réserves. - Annulation de la sentence. - Office du juge. - Ordre public communautaire. - Autonomie procédurale des Etats », note sous CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Journal du droit international*, avril 2007, n° 2, p. 13, *précité* : « [...] on se demande ce qui empêchera demain la Cour de justice de tenir le même raisonnement pour toute violation de l'ordre public communautaire, sonnait ainsi le glas du contrôle limité qu'exercent aujourd'hui la quasi-totalité des juridictions européennes sur les sentences. Le dirigisme dont fait preuve la cour en matière de clauses abusives pourrait demain être appliqué au regard du droit communautaire de la concurrence, imposant ainsi au juge de vérifier d'office la conformité de la solution retenue par les arbitres avec les articles 81 et 82 du Traité ».

¹⁶⁶⁰ *Ibid* : « Il y a là une pente dangereuse, qui conduit, sous prétexte d'effectivité et d'uniformité, à corseter les juridictions nationales ».

Etats-membres. La directive est ainsi source d'interrogations, voire d'inquiétudes, tant les règles qu'elle contient sont susceptibles de heurter l'équilibre organisé par le Code de procédure civile »¹⁶⁶¹. Cette crainte exprimée par des praticiens du droit avait été formulée relativement à la réforme de la directive portant sur le droit de la concurrence. La préoccupation du juge européen liée au droit du marché¹⁶⁶² ressort clairement de certains arrêts rendus¹⁶⁶³ au point même de comparer l'office du juge à celui de l'Autorité de la concurrence¹⁶⁶⁴.

735. L'« impérialisme » du droit européen sur la question du relevé d'office a un effet sur le principe de l'autonomie contractuelle¹⁶⁶⁵. Une partie de la doctrine considère que par le renforcement de l'office du juge, le droit européen entraîne un recul de cette autonomie. Il faut nuancer cette critique : si le regard du juge est accru sur les contrats litigieux, il ne l'est pas tant que le contrat est régulier et exempt de clauses abusives. Le « gouvernement des juges »¹⁶⁶⁶ ne s'observe qu'à l'occasion de la méconnaissance de la réglementation en vigueur donnant naissance à un litige. L'évolution de l'économie et des relations contractuelles a rendu les consommateurs plus faibles ; il a conduit le juge à négliger le principe de la force obligatoire du contrat.

S'il ébranle la question de la liberté contractuelle, l'« impérialisme » du droit européen de la consommation, qui se traduit en droit interne par un renforcement des mesures de protection du consommateur, conduit aussi à une « altération » du droit de la

¹⁶⁶¹ T. D'ALÈS et A. CONSTANS, «Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne», *JCP E*, 5 juin 2014, n° 23, p. 1306, *précité*.

¹⁶⁶² C. AUBERT DE VINCELLES, «Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2013, p. 559, *précité* : « Si la Cour de justice a refusé le moindre plafond, c'est davantage en raison de l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur que poursuit le droit européen de la consommation et cette directive en particulier, que d'assurer un niveau élevé de protection ».

¹⁶⁶³ CJUE, 18 octobre 2012, aff. C-428/11, *Purely Creative Ltd*.

¹⁶⁶⁴ B. GORCHS, «Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée», *D.* 2010, p. 1300, *précité*.

¹⁶⁶⁵ A. BOUVERESSE, «Protection des consommateurs», *Revue Europe*, juillet 2013, n° 7, comm. 321.

¹⁶⁶⁶ Des critiques sur le « gouvernement » des juges ont d'ailleurs été exprimées par l'Institut des hautes études sur la justice, qui avait été chargé d'étudier l'évolution de l'office du juge ces dernières années : A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE et C. KADRI, *La prudence et l'autorité - L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, Institut des Hautes Etudes sur la Justice, en ligne : <<http://www.ihej.org>>, accès : mai 2013 : « Dans notre système, la difficulté à penser le pouvoir du juge comme légitime est d'autant plus criante que le juge monte en puissance et que les rapports sociaux se judiciarisent : on y voit dès lors une crise politique et ressurgit l'épouvantail du "gouvernement des juges" » ; le groupe de travail avait fait un rappel intéressant du discours tenu par N. SARKOZY : « En 2007, alors qu'il plaide devant le Medef pour une dépénalisation du droit des affaires, Nicolas Sarkozy remet les juges à leur place (comme il en a eu souvent l'occasion) : "Les juges doivent jouer le jeu : jouer le jeu pour les juges, c'est ne pas se laisser tenter par le Gouvernement des juges, c'est ne pas se laisser aller à devenir les arbitres de la politique et à juger de la manière dont les chefs d'entreprise font leur métier" ».

consommation. Par cette protection, l'objectif est d'encourager la consommation par un renforcement de la confiance des consommateurs dans le marché ; on observe que les consommateurs font les frais de cette « surprotection », par un effet pervers du relevé d'office¹⁶⁶⁷ : « toute protection juridique excessive se retourne contre les intérêts de la personne protégée »¹⁶⁶⁸.

736. Cet « assistanat »¹⁶⁶⁹, de manière « paradoxale »¹⁶⁷⁰, menacerait l'ensemble de « l'institution »¹⁶⁷¹ du crédit à la consommation : la mise en place d'une protection accrue pèserait « [...] sur l'ensemble des autres emprunteurs et, par-delà, sur l'activité industrielle et commerciale qui se nourrit largement du crédit à la consommation »¹⁶⁷². En étant trop sévère à l'égard des prêteurs le juge participerait à l'augmentation du taux du crédit, la perte étant répercutée par les professionnels sur l'ensemble des contrats. Par ricochet, la catégorie des consommateurs les plus modestes échappait à l'accès au crédit¹⁶⁷³. Cette surprotection pourrait nourrir une méfiance des professionnels qui prêteraient plus difficilement aux consommateurs, touchant alors le système économique. La prudence des professionnels s'accompagnerait de l'« assistance » des consommateurs ; elle se traduit par un encouragement à l'achat impulsif et irraisonné, et donc à une situation de surendettement ou à la signature de contrats irréguliers. Certains comportements déloyaux ou irresponsables de consommateurs prouvent qu'accorder plus de protection n'a pas toujours pour effet d'attirer leur attention sur les dangers du crédit et sur le contenu des contrats qu'ils signent, contrairement à la règle « *emptor debet esse curiosus* »¹⁶⁷⁴. Il semble que l'objectif premier soit toujours atteint : la consommation. Le droit européen de la consommation ne vise pas la

¹⁶⁶⁷ Expression empruntée à X. LAGARDE, « Vers un nouveau droit de la consommation. - Rapport de synthèse », *RD ban. fin.*, novembre 2011, n° 6, doss. 39, *précité* : « À savoir que le risque juridique soit devenu tel que les établissements prêteurs finissent par resserrer la distribution du crédit. Celui-ci ne serait alors plus proposé qu'à ceux dont on est à peu près certain qu'ils ne poseront pas de difficultés. Certains peuvent s'en réjouir. Mais cela veut dire que l'accès au crédit sera réduit et probablement au-delà de ce qu'on avait souhaité ».

¹⁶⁶⁸ P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 4^e éd., Defrénois, 2012, *précité*.

¹⁶⁶⁹ Expression employée par F. STEINMETZ, « Le droit de la consommation...peut mieux faire », in *Liber Amicorum*, J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 1065.

¹⁶⁷⁰ I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.* 2003, p. 750, *précité* : « La protection du consommateur, comme les meilleures causes, peut se pervertir. Le paradoxe serait que la perversion passe par le rôle du juge ».

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

¹⁶⁷² *Ibid.*

¹⁶⁷³ *Ibid* : « Une tendance trop favorable aux consommateurs les empêche finalement de bénéficier du meilleur service économique qui puisse leur être rendu : la réduction des taux ou la mutualisation du risque supplémentaire selon le profil des emprunteurs ». L'auteur conclut alors que : « La protection de l'emprunteur n'est donc pas économiquement neutre. Elle pèse sur l'ensemble des autres emprunteurs et, par-delà, sur l'activité industrielle et commerciale qui se nourrit largement du crédit à la consommation ».

¹⁶⁷⁴ Adage latin qui signifie : « L'acheteur doit être curieux ».

protection des « imbéciles » pour reprendre le célèbre adage, il vise la protection des « consommateurs » au sens économique du terme.

737. La question du relevé d'office du juge en droit de la consommation présente un intérêt certain au regard des considérations économiques auxquelles se mêlent d'autres préoccupations « sociales ». Mais la sphère économique est telle qu'il convient de se demander s'il existe bien un « droit de la consommation ». La place du consommateur dans le marché justifie que la question se pose. Ne faudrait-il pas seulement parler, au niveau européen, d'un droit de la concurrence et du marché dans lequel serait intégré un volet consacré à la protection des consommateurs ?

Il faut associer au droit européen de la consommation le droit de la concurrence et du marché, dont les principes de primauté et d'effectivité sont les garde-fous. Sans pour autant méconnaître ces derniers, le droit interne se distingue du droit européen : la consécration de l'obligation européenne du relevé d'office n'est pas celle du droit interne.

738. Le droit français a fait le choix « raisonnable » de ne pas consacrer l'obligation du relevé d'office du juge et de maintenir le principe de la faculté d'abord dégagé par la jurisprudence. L'obligation du relevé d'office n'est reconnue qu'à l'égard du pouvoir du juge de prononcer la nullité de la clause lorsque son caractère abusif a été démontré. Le législateur prend peu de risques en consacrant l'obligation du relevé d'office au seul domaine des clauses abusives ; le caractère abusif de la clause doit être démontré. La faculté de principe n'est pas contraire aux exigences du droit européen tant qu'elle ne rend pas impossible ou excessivement difficile l'exercice par les consommateurs des droits dont ils disposent ; elle est pourtant critiquée au regard du procès équitable parce qu'elle impliquerait une justice hétérogène : partagée entre celle des juges qui relèvent d'office et celle de ceux qui ne le font pas.

Cette faculté est une adaptation du droit européen aux limites du système juridique interne (limite des moyens temporels, financiers et humains) ; elle est aussi le moyen d'assurer le respect du délai raisonnable (article 6 § 1 de la Conv. EDH). Une obligation du relevé d'office desservirait l'objectif de protection des consommateurs car elle entrainerait un engorgement des tribunaux à la suite de formation de pourvoi à l'encontre des décisions rendues par des juges qui n'auraient pas vu le moyen à relever d'office ; ces pourvois entraineraient à leurs tours un ralentissement de la procédure.

L'obligation européenne du relevé d'office existe, en droit interne, dans la pratique : les juges font usage de leur pouvoir de relevé d'office autant que possible ; il ne leur est pas reproché de ne pas l'avoir fait. Le relevé d'office s'apparente à une obligation morale. La faculté n'est là que pour assurer aux juges un exercice serein du relevé d'office, et non pour leur permettre d'« opter », selon leur humeur ou selon les parties en cause, pour le relevé d'office du moyen ou non.

739. Les juges sont influencés par les réalités socio-économiques et leurs propres expériences de vie. Cet ensemble compose la fonction de juge, formé pour répondre aussi justement que possible aux situations qui lui sont soumises. Selon le professeur G.WIEDERKEHR, « [...] même en l'absence de tout lien personnel avec le litige et ses parties, le juge vit dans la société ; son parcours, ses expériences, ses inclinations, ses intérêts influencent inévitablement ses décisions »¹⁶⁷⁵. Il ajoute même très justement qu'« un juge tombé de la lune ne serait pas forcément un bon juge »¹⁶⁷⁶. L'argumentaire en faveur d'une obligation du relevé d'office (et fondée sur une interprétation de l'article 12 du Code de procédure civile) ne s'adresse donc qu'aux juges, pas au législateur. Il faut conserver la faculté du relevé d'office qui laisse les portes ouvertes, et non basculer dans le régime plus strict de l'obligation qui serait inadapté. Bien sûr, le juge doit trancher le litige en droit, mais il faut lui laisser sa part d'humanité. La justice, et pas seulement celle qui s'exerce en droit de la consommation, repose nécessairement sur cet équilibre subtil entre théorie et pratique.

Si elle est partielle, la consécration du relevé d'office en droit interne n'en est pas moins opportune. Il est heureux que le droit interne ait « résisté » à l'« impérialisme »¹⁶⁷⁷ du droit de l'Union européenne ; malgré cette résistance, l'effectivité de la protection des

¹⁶⁷⁵ G. WIEDERKEHR, *De la légitimité de la justice*, in Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON, Lextenso, 2008, *précité*, p. 490.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ Expression empruntée à A. MOURRE qui l'emploie pour justifier la limite apportée à l'autonomie procédurale des Etats membres afin d'atteindre les objectifs de la directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 ; A. MOURRE, « Protection des consommateurs. - Convention d'arbitrage. - Clause abusive. - Absence de réserves. - Annulation de la sentence. - Office du juge. - Ordre public communautaire. - Autonomie procédurale des Etats », note sous CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Journal du droit international*, avril 2007, n° 2, p. 13, *précité* : « [...] on se demande ce qui empêchera demain la Cour de justice de tenir le même raisonnement pour toute violation de l'ordre public communautaire, sonnait ainsi le glas du contrôle limité qu'exercent aujourd'hui la quasi-totalité des juridictions européennes sur les sentences. Le dirigisme dont fait preuve la cour en matière de clauses abusives pourrait demain être appliqué au regard du droit communautaire de la concurrence, imposant ainsi au juge de vérifier d'office la conformité de la solution retenue par les arbitres avec les articles 81 et 82 du Traité ».

consommateurs est assurée par le législateur à travers un renforcement des sanctions¹⁶⁷⁸ et une amélioration de l'accès à la justice par le biais de l'action de groupe. Ces moyens ne se substituent pas au relevé d'office du juge qui est le seul à pouvoir assurer un véritable rééquilibrage entre les parties dans un procès ; ils tendent à réduire la part de « faiblesse » qui est celle du consommateur en lui donnant d'autres armes et ils doivent être encouragés.

Le juge n'est pas un arbitre neutre ; il existe bel et bien un relevé d'office en droit de la consommation : de manière imparfaite avec l'article 12 du CPC et de manière inadaptée avec le droit européen. L'imperfection a été résolue par une consécration du relevé d'office au sein du Code de la consommation ; l'adaptation a été assurée par une consécration de la faculté du relevé d'office. S'il faut espérer que cette faculté soit maintenue, la consécration du relevé d'office au sein du Code de la consommation pourrait être révisée.

740. En effet, l'évolution du relevé d'office révèle une interdépendance au sein du couple formé par le Code de la consommation et le Code de procédure civile ; les évolutions législatives apportées au Code de la consommation et qui avaient été envisagées au sein du Code de procédure civile en témoignent¹⁶⁷⁹. Mais au regard des principes directeurs de la procédure civile, un compromis avait été trouvé et le relevé d'office, supprimé du Code de procédure civile, avait été consacré au sein de celui de la consommation. Si les motifs de l'exclusion du relevé d'office du Code de procédure civile étaient résolus, un relevé d'office du juge au sein de ce dernier pourrait être envisagé.

En 1975, la difficulté que posait le relevé d'office était liée à la violation du principe du contradictoire. Cette méconnaissance résultait de l'ancienne rédaction de l'article 16, alinéa 1^{er} du CPC qui n'imposait le principe du contradictoire qu'aux parties et non au juge. Le juge n'était donc pas contraint de soumettre le moyen qu'il relevait d'office à la discussion des parties, ce qui n'était pas conforme au respect des droits de la défense. Cette rédaction n'est plus celle d'aujourd'hui puisque le juge a rapidement été soumis au principe du contradictoire.

¹⁶⁷⁸ Le renforcement et la combinaison des sanctions du droit de la consommation témoignent de la place du droit de la consommation au sein de l'intérêt privé mais aussi public ; v. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives », *Rép. Civ.*, juin 2014, *précité* : « Le droit contractuel de la consommation apparaît ainsi comme le modèle d'un nouvel ordre public, lequel ne se cantonne plus à la défense d'un intérêt individuel mais assure également, par le truchement de celui-ci, la protection de l'intérêt général. La summa divisio entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction s'en trouve éprouvée ».

¹⁶⁷⁹ Il s'agit notamment des évolutions législatives relatives à la question du relevé d'office du juge ou de l'action de groupe.

La difficulté à l'origine de la suppression du relevé d'office du troisième alinéa de l'article 12 du CPC ayant disparu, il serait possible d'envisager sa réintégration en un troisième alinéa rédigé ainsi : « Il [Le juge] peut relever d'office les moyens de droit applicables au litige » ; ou encore, pour reprendre les termes de l'ancien alinéa 3 lui-même : « Il peut relever d'office les moyens de droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties ». Les moyens « de pur droit » de l'ancien alinéa ne seraient pas conservés.

741. Si une telle disposition n'est pas recevable dans le Code de procédure civile, une autre permettrait au moins d'entériner la jurisprudence interne. Cette dernière pourrait être rédigée ainsi : « Il [Le juge] peut donner ou restituer son exacte qualification au fondement juridique invoqué par les parties » ; ou encore : « Il peut changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». Ces dernières propositions permettraient d'accompagner l'actuel alinéa 2 de l'article 12 du CPC et de respecter les termes de la solution jurisprudentielle de principe¹⁶⁸⁰.

742. Une telle consécration de la faculté du relevé d'office au sein du Code de procédure civile permettrait d'étendre le champ d'application du relevé d'office et de viser tous les litiges du droit civil et non pas seulement ceux du droit de la consommation. La faiblesse du consommateur n'est pas une particularité qui lui est propre, car elle s'observe aussi en droit social : la consécration du relevé d'office n'y connaît-elle pas les mêmes difficultés ? La protection des salariés n'est-elle pas au service de l'économie toute entière ? On sait que le relevé d'office du juge était difficilement admis au sein du droit social et on peut imaginer que la question du relevé d'office du juge y connaîtra une évolution similaire.

L'intérêt économique de la protection des consommateurs a justifié que le législateur se penche sur la question du relevé d'office. Admis au sein de la jurisprudence, il devait être codifié pour assurer l'effectivité du droit de la consommation. Si l'ensemble des litiges du droit civil s'accommodaient d'une consécration jurisprudentielle de la faculté du relevé d'office issue d'une interprétation de l'article 12 du CPC, le déséquilibre de la relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur, nuisible pour le droit du marché, impliquait une intervention législative. En ciblant son intervention, le législateur fait une distinction entre la justice du droit de la consommation et celle des autres. La spécificité du droit de la consommation qui mettait le relevé d'office du juge en échec justifie que cette

¹⁶⁸⁰ Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin c/ Sté Carteret automobiles*, précité.

distinction soit faite. Mais une consécration du relevé d'office au sein du Code de procédure civile permettrait d'« officialiser » un relevé d'office induit de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 12 du CPC. Elle permettrait, pour le droit de la consommation, d'étendre le champ d'application du relevé d'office.

743. Enfin, si l'extension du champ d'application du relevé d'office ne peut pas être envisagée de la sorte, une dernière proposition permettrait d'y procéder par la voie d'une modification de l'article L.141-4, alinéa 1^{er} du Code de la consommation. Cette modification pourrait être faite ainsi : « Le juge peut soulever d'office toute disposition applicable aux litiges nés du présent code » ; ou bien : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions issues du droit de la consommation dans les litiges nés de son application ».

L'ensemble de ces propositions faites sans prétention n'ont pour objet que de répondre aux regrets formulés par la doctrine lors de l'entrée en vigueur de la loi « Chatel » en 2008 et d'améliorer le relevé d'office du juge de manière générale et particulière.

Malgré ces regrets, il faut reconnaître qu'en droit de la consommation, « *les juges de la nation ne sont [pas] que la bouche qui prononce les paroles de la loi [...]* »¹⁶⁸¹ ; ils sont aussi des êtres animés qui peuvent en relever d'office les dispositions, orientant ainsi l'issue du litige.

¹⁶⁸¹ Citation extraite de « L'esprit des lois » de Montesquieu et modifiée pour servir le développement.

PROPOS INTRODUCTIFS DES ANNEXES

Les annexes qui suivent sont la reproduction de propos échangés avec une avocate et deux juges d'instance. Elles sont complétées par trois documents transmis par eux dont deux décisions dans lesquelles le juge relève d'office un moyen de droit issu du Code de la consommation. L'objectif des questionnaires est d'appréhender la question du relevé d'office du juge non plus seulement dans une dimension théorique mais aussi pratique. Les questions qui sont posées portent sur l'application de l'article L.141-4 du Code de la consommation, mais aussi sur d'autres points qui intéressent l'office du juge (principe du contradictoire, déchéance du droit aux intérêts, action de groupe, etc.).

Les propos n'ont pas été enregistrés mais ont été reproduits à partir d'une prise de note dans le respect de la pensée des interlocuteurs. Je les remercie encore vivement d'avoir accepté de participer à ces entretiens.

ANNEXE 1 : entretien avec Maître C. ALLIEZ du mardi 29 juillet 2014, à Nîmes.

ANNEXE 2 : entretien avec le Juge du Tribunal d'instance de Nîmes du 18 septembre 2014.

ANNEXE 3 : entretien avec le Juge du Tribunal d'instance de Pertuis du 16 octobre 2014.

ANNEXE 4 : document listant les moyens que le juge envisage de soulever d'office, et les pièces dont la production est demandée.

ANNEXE 5 : décision rendue par le Tribunal d'instance de Nîmes du 11 juin 2014.

ANNEXE 6 : décision rendue par le Tribunal d'instance de Pertuis.

ANNEXE 1

ENTRETIEN DU MARDI 29 JUILLET 2014 – Maître Camille ALLIEZ

Maître C. ALLIEZ, inscrite à l'ordre des Avocats près la Cour d'Appel de Nîmes, a commencé à exercer la profession d'avocat après l'entrée en vigueur de l'article L.141-4 du Code de la consommation. Elle est aussi docteur en droit, et a réalisé des travaux de recherches portant sur le relevé d'office du juge en droit du crédit à la consommation sous la direction de J.-L. RESPAUD, Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse. Elle est maintenant régulièrement sollicitée par les professionnels et défend leurs intérêts dans les litiges les opposant aux consommateurs. Elle admet que son opinion sur les rapports contractuels et judiciaires entre les consommateurs et les professionnels a sensiblement changé depuis qu'elle exerce la profession d'avocat.

QUESTION : De quelle manière êtes-vous amenée à traiter des différends opposant un consommateur à un professionnel ?

Me C. ALLIEZ : J'ai l'opportunité de travailler dans un cabinet dans lequel je prends en charge la défense des intérêts des professionnels comme des consommateurs.

Généralement, l'instance est engagée par l'établissement financier suite à un défaut de paiement du débiteur. Ce dernier invoque soit l'octroi de délais de paiement ou le non-respect par le prêteur de ses obligations.

QUESTION : De quelle manière le relevé d'office du juge se traduit-il en pratique ?

Me C. ALLIEZ : Le juge utilise une liste d'éléments qu'il transmet au professionnel et qui précise les documents dont il demande la production. Ce document prévient des moyens susceptibles d'être relevés d'office.

Si le juge l'estime utile, il peut ordonner une réouverture des débats afin de permettre à la Banque de justifier ou non du respect d'une de ses obligations.

QUESTION : Pensez-vous que les conseils s'investissent moins dans la défense des intérêts de leur client consommateur au regard du relevé d'office du juge ?

Me C. ALLIEZ : Non, il convient de vérifier si l'ensemble des obligations mises à la charge des établissements ont été respectées. L'avocat doit sans cesse s'informer sur les évolutions législatives en la matière.

QUESTION : Quels peuvent être les impacts concrets du relevé d'office ? Le consommateur est-il protégé de manière excessive ?

Me C. ALLIEZ : Le relevé d'office permet de protéger le Consommateur non assisté. En général les établissements financiers sont systématiquement représentés par un Avocat, et le consommateur non. Or, ce dernier ignorant les règles applicables, il ne pouvait pas assurer correctement sa défense. Désormais, le relevé d'office du juge permet de rétablir un certain équilibre.

QUESTION : Que pensez-vous du système de protection des consommateurs ?

Me C. ALLIEZ : Lors de mes travaux de recherche, j'avais orienté mon point de vue dans le sens de la nécessité d'une protection accrue du consommateur. Néanmoins, dans certains cas, le recours au crédit à la consommation est excessif, et il aurait été souhaitable de mettre en place des règles afin de responsabiliser le consommateur. La surprotection du consommateur ne participe pas à sa responsabilisation. Certains cas démontrent cette réalité, et je pense par exemple à un dossier où une personne ayant de faibles ressources avait souscrit un crédit affecté afin de financer l'acquisition d'un chien d'une valeur de 2.000 €..... Cet achat était démesuré eu égard les ressources du débiteur.....Si la protection du consommateur est justifiée dans le cadre de l'achat de biens utiles, elle l'est beaucoup moins lorsqu'il s'agit d'assouvir des pulsions d'achat encouragées par la société de consommation.

Il aurait été opportun de créer un fichier national centralisant l'ensemble des crédits souscrits par une personne. Cela aurait permis à un établissement financier de connaître réellement la situation financière de l'emprunteur, et d'éviter à ce dernier de souscrire crédit sur crédit.....

QUESTION : Que pensez-vous de la réforme du 17 mars 2014 concernant l'action de groupe ?

Me C. ALLIEZ : Les actions de groupe en droit de la consommation permettront de regrouper dans le cadre d'une même instance différents litiges pourtant sur le même problème. Elles permettront une meilleure gestion des dossiers, et amélioreront, je l'espère, la célérité de la justice.

QUESTION : Que pensez-vous de la réforme du 17 mars 2014 concernant l'allongement du délai de rétractation ?

Me C. ALLIEZ : L'allongement du délai de 14 jours permet une meilleure protection du consommateur. L'allongement de cette période de réflexion lui permettra de vérifier si le crédit souscrit est nécessaire ou non.....

ANNEXE 2

ENTRETIEN DU JEUDI 18 SEPTEMBRE 2014 – Juge du Tribunal d’instance de Nîmes

Le juge d’instance de Nîmes qui participe à ce questionnaire, et qui n’a pas souhaité que soit précisée son identité, a pris son office postérieurement à l’entrée en vigueur de la consécration du relevé d’office du juge. L’approche ne sera donc pas comparative.

QUESTION : D’une manière générale, que pensez-vous du relevé d’office du juge en droit de la consommation ?

LE JUGE D’INSTANCE : Je considère qu’une intervention active du juge est particulièrement nécessaire pour les crédits renouvelables et qu’elle l’est moins pour les prêts personnels et les crédits affectés ; ces derniers sont bien encadrés, les contrats sont souvent correctement rédigés et le relevé d’office est un peu moins justifié.

A l’inverse, les crédits renouvelables permettent plus difficilement au consommateur d’anticiper et de prendre la mesure de son engagement, ce qui s’explique par l’objectif des professionnels qui est de vendre le produit, le contrat est donc très souvent irrégulier. Il est aussi facilement accordé et les consommateurs sont trop mal renseignés. Ceux que l’on rencontre en instance sont d’ailleurs souvent les mêmes qui se retrouvent en procédure de surendettement. Il s’agit pour certains d’entre eux d’un réel engrenage, qui implique une intervention judiciaire active, même si une petite partie d’entre eux font preuve de légèreté. On observe toutefois une évolution de la situation depuis l’entrée en vigueur de la loi « Lagarde » ; la loi est devenue très contraignante pour les professionnels et on constate que les contrats conclus après l’entrée en vigueur de cette loi sont moins sujets à difficulté.

QUESTION : Le droit européen reconnaît un devoir du relevé d’office, ce qui n’est pas le cas en droit interne ; comment se traduit cette controverse en pratique ?

LE JUGE D’INSTANCE : Les juges ne font pas la différence et relèvent d’office les moyens de droit autant qu’ils le peuvent. La simple faculté du relevé d’office est plus adaptée aux difficultés pratiques et techniques du système juridique : il peut y avoir 80 dossiers à une

audience. Puisque les juges « peuvent » seulement relever d'office, quand ils ne le font pas ce peut être parce qu'ils n'en ont pas le temps matériel. Si ces derniers disposaient de moyens suffisants, une obligation en droit interne serait acceptable. Mais en l'état des moyens actuels, un devoir de relever d'office serait un problème pour le fonctionnement de la justice.

La faculté est même parfois préférable car elle permet de faire le choix de ne pas relever d'office le moyen.

QUESTION : De quelle manière procédez-vous au pouvoir qui vous est accordé de relever d'office un moyen de droit ?

LE JUGE D'INSTANCE : Je ne relève un moyen que lorsque je peux le déceler directement lors de l'audience. En effet parfois je ne peux pas rechercher le moyen, car je n'ai pas toutes les pièces avant l'audience. Je décide alors en cours de délibéré d'une réouverture des débats, pour respecter le contradictoire, si je me rends compte d'un moyen à soulever d'office.

Les professionnels ne prennent parfois pas la peine de produire les documents demandés peut être suite à une évaluation du coût de la production de l'ensemble des pièces au regard de la perte financière de la déchéance du droit aux intérêts.

Par exemple, si le professionnel n'a pas procédé au décompte de la créance impayée, ce qui peut être parfois très difficile, certains juges, qui ne le feront pas à leur place car il ne leur appartient pas de procéder au décompte, ce qu'ils feraient peut être s'ils en avaient le temps, les débouteront de leur demande dont le moyen n'est pas produit.

QUESTION : De quelle manière procédez-vous au relevé d'office de la déchéance du droit aux intérêts suite à une irrégularité d'un contrat de crédit ?

LE JUGE D'INSTANCE : Lorsque je relève un moyen de droit tiré de l'irrégularité d'un contrat de crédit, je prononce d'office la déchéance du droit aux intérêts. Il ne me semble pas logique que la sanction ne suive pas l'irrégularité. Certains avocats se défendent au moyen du dépassement des prétentions des parties mais n'obtiennent pas gain de cause.

Il peut arriver, rarement, que le consommateur reconnaisse la créance. Dans ces cas-là il m'est très difficile de prononcer la déchéance du droit aux intérêts lorsqu'une irrégularité est présente dans le contrat. Je signale alors le moyen et invite l'avocat du consommateur à

demander la déchéance. S'il ne le fait pas, je ne peux pas dépasser mon office et le faire à sa place. Dans ces cas-là la frontière entre le rôle du juge et celui de l'avocat est ténue et relève quelque peu de l'interprétation.

QUESTION : Le pouvoir du relevé d'office du juge impacte t'il sur les conseils ? A l'inverse, la représentation par avocat impacte t'elle sur l'office du juge ?

LE JUGE D'INSTANCE : Les avocats n'ont pas toujours le temps d'examiner le dossier correctement et il est arrivé que l'un d'eux me demande explicitement de relever le moyen à sa place. Cette situation est aberrante et ne permet pas aux consommateurs de bénéficier d'une défense satisfaisante. Il est évident que j'exercerais mon office de la même manière, que le consommateur soit représenté ou non, mais la représentation de ce dernier devrait être réelle et non pas se reporter sur le juge. Le juge n'est pas un avocat et lui demander de relever d'office le moyen à la place de la défense lui fait porter une autre casquette. Le juge tranche le litige au regard des moyens qui lui sont présentés et qu'il a pu relever d'office ; n'étant pas obligé de procéder à ce relevé d'office, il ne le fait pas toujours ; dans ces cas-là, la représentation par avocat permettrait d'assurer toutefois une défense effective.

Il serait absurde que le consommateur bénéficie d'une défense moins efficace lorsqu'il est assisté d'un avocat ! Je considère donc que ma mission est la même.

ANNEXE 3

ENTRETIEN DU MARDI 16 OCTOBRE 2014 – Mr Guillaume FAUVET

Par Décret du 11 décembre 2013 portant nomination de la magistrature (JORF n°0291 du 15 décembre 2013, texte n° 29), M. Guillaume FAUVET est nommé vice-président au Tribunal de grande instance d'Avignon, déchargé du service du Tribunal d'instance d'Avignon, et chargé du service du Tribunal d'instance de Pertuis. Il y exerce donc son office depuis presque une année et reconnaît qu'il relève très souvent d'office les moyens de droit comme le lui permet l'article L.141-4 du Code de la consommation, que ces moyens soient de procédure ou de fond.

QUESTION : Qu'elle est la raison qui motive cette large utilisation de votre faculté de relever d'office ?

Mr Guillaume FAUVET : Le principe veut que le juge soit neutre. Mais il doit perdre cette neutralité pour rétablir l'équilibre entre les deux parties. Il faut être conscient que le juge a devant lui des litiges qui opposent des professionnels à des consommateurs peu avertis. Même s'il existe certains cas de mauvaise foi de la part de ces derniers, et que certains d'entre eux profitent effectivement de ce système qui leur est favorable, la plupart des consommateurs sont réellement en position de faiblesse. Je considère alors qu'il faut moraliser les pratiques bancaires.

Je vais donc adapter mon office à l'affaire qui m'est soumise : si j'ai devant moi un crédit dit « classique » je vais être moins minutieux que s'il s'agit d'un contrat de crédit renouvelable. Ce dernier présente un danger plus grand car il ne permet pas d'avoir une bonne visibilité. L'anticipation et la prévision est difficile à faire pour les consommateurs qui s'engagent souvent sans en mesurer l'ampleur.

Par exemple, lorsque j'ai sous les yeux une demande en paiement de la banque dont le montant dépasse celui du crédit initialement accordé au débiteur en raison d'une augmentation du montant de la réserve utile, je relève d'office le moyen tiré du déséquilibre. Je considère que le crédit accordé est fondé sur la capacité financière du débiteur. Le montant initial de ce dernier ne peut donc pas augmenter sans dépasser aussi la capacité financière du débiteur.

Et parce-que la déchéance du droit aux intérêts, qui découle des irrégularités d'un contrat de crédit, est à mon sens une sanction « générique », j'y inclus aussi les frais divers qui y sont attachés.

QUESTION : Quel est le point sur lequel vous attachez une attention particulière ?

Mr Guillaume FAUVET : Je vais surtout vérifier les dates pour m'assurer que la demande formulée par le professionnel se trouve bien dans le délai d'action. Pour cela je procède à une vérification des comptes pour fixer la date du point de départ du délai de forclusion.

Mais c'est une vérification qui est parfois difficile à faire en raison d'une mauvaise lisibilité et compréhensibilité des comptes. Notamment lorsque le crédit et le compte bancaire sont ouverts au sein de la même banque qui peut procéder à des débits au sein du compte bancaire alors que le crédit est accordé sur un compte distinct. Or, le décompte du compte bancaire n'est parfois pas produit : les professionnels considèrent qu'ils n'ont pas à le faire puisqu'il ne s'agit pas de celui relatif au contrat de crédit litigieux. La fixation de la date du premier incident de paiement est alors difficile à effectuer et il est possible que le juge ne puisse pas déclarer forclosé une action engagée pourtant tardivement par le professionnel.

Lorsque cette difficulté survient à l'occasion d'une injonction de payer adressée au débiteur et qui ne nécessite normalement pas de vérification particulière de la part du juge, je n'hésite pas à rejeter la demande pour « illisibilité », ce qui arrive une fois sur deux.

QUESTION : Quels sont les avantages de la procédure d'injonction de payer pour les professionnels ?

Mr Guillaume FAUVET : La procédure d'injonction de payer est une procédure rapide par laquelle le professionnel formule une simple demande en paiement. Par ce biais, le professionnel entend à la fois accélérer la procédure et éviter l'engagement d'un procès qui implique un examen plus approfondi du contrat. La procédure d'injonction de payer est donc pour certains professionnels le moyen de contourner le droit de la consommation.

Cette procédure résulte aussi d'un choix stratégique de la part des professionnels. Ils savent que la plupart des juges ne font pas de vérifications particulières car le fait d'accéder à la demande du professionnel n'empêche pas le consommateur de s'y opposer dans un délai d'un mois. Le professionnel a de grandes chances de voir sa demande accueillie ; il va donc la

formuler alors même qu'il la sait infondée pour dépassement du délai d'action ou irrégularité du contrat de crédit. Une fois cette étape passée, il est presque sûr de récupérer sa créance car il y a peu de chance que le consommateur utilise son droit et s'y oppose. Ce dernier sera d'abord impressionné par l'injonction de payer faite par huissier et il aura surtout l'impression qu'elle n'est pas contestable puisque le juge y a fait droit.

Si la demande en injonction de payer est toutefois rejetée par le juge, le professionnel peut faire passer la somme non récupérée en pertes et profits et classer le dossier. Il a donc tout intérêt à « tenter le coup » et à faire sa demande auprès du juge. Il est plus important pour le professionnel de récupérer son capital que de laisser la somme en attente de pouvoir être encaissée. Il ne fera donc pas forcément appel d'une décision de rejet. Certains professionnels, même, reconnaissent directement l'irrégularité de leur demande lorsqu'ils la soumettent au juge. Le fait d'obtenir éventuellement aussi les intérêts irréguliers est donc considéré comme un « bonus ».

QUESTION : Avez-vous le sentiment qu'en raison de votre pouvoir de relever d'office, les avocats ne défendent pas les consommateurs de la même manière qu'ils ne défendent les professionnels ?

Mr Guillaume FAUVET : Je constate que les avocats des consommateurs, lorsqu'il y en a, ont parfois tendance à invoquer tout et n'importe quoi. Eux-mêmes reconnaissent qu'ils savent que le juge a le pouvoir de relever d'office un moyen de droit et qu'ils sont donc moins rigoureux dans la défense du consommateur. A l'inverse, on retrouve cette rigueur dans la défense du professionnel. C'est un comportement critiquable car la protection mise en place en faveur du consommateur le dessert. Par le relevé d'office, certains avocats assimilent le juge à un auxiliaire de justice ce qui est d'autant plus critiquable.

QUESTION : Exercez-vous votre office de manière différente selon que le consommateur est représenté par un avocat ou non ?

Mr Guillaume FAUVET : Lorsqu'un litige oppose un professionnel à un consommateur qui n'est pas représenté je fais toujours usage du relevé d'office. Quand le consommateur est bien représenté, j'ai effectivement le sentiment que je pourrais être moins enclin à en faire usage

mais je finis toujours par exercer mon office comme s'il ne l'était pas car je considère qu'il n'a pas à pâtir du fait qu'il est représenté.

QUESTION : Que pensez-vous de l'action de groupe qui vient de faire son apparition en droit français ?

Mr Guillaume FAUVET : J'ai le sentiment que grâce à cette action le juge sera moins seul. Je pense notamment à une situation dans laquelle des professionnels usaient de pratiques illégales courantes au regard de la loi de 1989 sur les baux d'habitation. Ces derniers facturaient presque systématiquement des frais injustifiés aux consommateurs ; même si ces frais étaient peu élevés ils étaient demandés à un très grand nombre de consommateurs. J'avais convoqué ces établissements pour leur rappeler leurs obligations mais j'avais peu de chances de voir les choses évoluer véritablement. L'action de groupe recouvre justement ces « petites » irrégularités de manière beaucoup plus efficace.

QUESTION : Que pensez-vous de l'obligation du relevé d'office du juge consacrée par la Cour de justice ?

Mr Guillaume FAUVET : Une obligation du relevé d'office permet d'harmoniser les pratiques des différents juges. La jurisprudence est trop hétérogène entre les juges qui relèvent et ceux qui ne le font pas. Mais cette obligation est inadaptée aux limites pratiques que connaît notre système juridique. La justice va donc nécessairement varier entre les juges en fonction à la fois des moyens dont ils disposent mais aussi de leur inclinaison à relever d'office ou non les moyens de droit. En réalité chaque juge est très seul dans l'exercice de son office. Il m'est même déjà arrivé de m'apercevoir que le juge dans le bureau en face du mien avait des pratiques différentes aux miennes dans l'exercice de sa fonction.

Pourtant il m'est déjà arrivé de répondre à un avocat, qui m'avait reproché de relever d'office un moyen en faveur du consommateur, que ce relevé d'office est même une obligation pour le juge en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice en ce sens.

QUESTION : Comment les limites pratiques du système se traduisent-elles dans votre manière d'exercer votre relevé d'office ?

Mr Guillaume FAUVET : Comme je n'ai pas toujours le temps nécessaire pour mener une étude très approfondie de chaque contrat je vais surtout regarder les irrégularités les plus importantes qui me sautent aux yeux. Par exemple, je ne vais pas mesurer la taille des caractères utilisés mais je vais vérifier que les clauses soient lisibles.

QUESTION : Que pensez-vous de la liste des moyens à relever d'office utilisée par certains juges ?

Mr Guillaume FAUVET : Cette liste permet de prévenir les parties des points sur lesquels le juge portera une attention particulière et des moyens qui seront relevés d'office. Elle témoigne donc que le juge fait bien son travail puisqu'il s'engage par avance à exercer son relevé d'office. Elle est aussi le moyen d'accélérer la procédure puisqu'en prévenant les parties par avance, cette liste évite que le débat soit réouvert pour soumettre à la contradiction le moyen relevé d'office par le juge.

Mais les points qu'elle détermine ne sont pas assez précis pour permettre au professionnel de bien se préparer, elle n'évite donc pas forcément la réouverture des débats. Cette réouverture est d'ailleurs nécessaire pour obtenir le décompte et fixer la date du point de départ du délai de forclusion.

Je préfère ne pas utiliser cette liste et procéder à la réouverture des débats. Une telle liste est toutefois efficace pour le moyen tiré du dépassement du délai de forclusion. Ce moyen est tellement évident qu'une réouverture des débats n'est pas utile ; si je constate que le délai est dépassé je sou mets le moyen au débat, et la question peut être discutée directement lors de l'audience.

ANNEXE 4



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

ALES, le 07 Avril 2014

COUR D'APPEL DE NÎMES

TRIBUNAL D'INSTANCE D'ALES

SCP LOBIER MIMRAN GOUIN LEZER JONZO
Avocats
83 Rue Pierre Séward
30000 NÎMES

Dans le dossier sous références, le tribunal d'instance envisage de soulever d'office les moyens suivants :

- * forclusion
 - * offre présentée non conformément aux dispositions du code de la consommation
 - * absence et irrégularité du bordereau de rétractation
 - * absence des lettres annuelles d'information (article L. 311-9 du code de la consommation)
 - * validité de la clause exprimant le taux du crédit (et le taux effectif global)
 - * découvert de plus de trois mois et absence d'offre préalable de crédit
 - * dépassement de découvert ou d'ouverture de crédits de plus de trois mois et absences d'offre préalable de crédit
 - * absence de convention de découvert
 - * absence de contractualisation d'une clause d'intérêts débiteurs
 - * absence de contractualisation des frais et commissions prélevés en compte
 - * absence d'historique de compte
 - * absence de décompte détaillé des sommes dues (conforme aux prescriptions du code de la consommation)
 - * absence de précision, dans l'offre préalable, du coût de l'assurance pour chaque échéance (crédit à durée déterminée)
 - * absence de notice d'assurance (art L311-12 devenu L311-19)
- En application de la loi du 1^{er} juillet 2010:
- * absence d'information du débiteur sur la modification du taux débiteur (L311-21) et sur l'augmentation du montant des frais (L311-1)
 - * absence de consultation du FICP avant la conclusion ou la reconduction d'un crédit (L311-9)
 - * absence d'information annuelle sur le montant du capital restant à rembourser (L311-25-1)
 - * absence d'information sur les risques encourus en cas de défaut de paiement (L311-22-2)
 - * absence d'information pré-contractuelle de l'emprunteur (L311-6)

Ainsi il est demandé la production des documents suivants :

- * offre préalable en original
- * historique de compte depuis la date de l'offre
- * tableau d'amortissement
- * lettres annuelles d'information (L 311-9 du code de la consommation) pour les crédits renouvelables
- * décompte détaillé de la créance présenté de façon à permettre à la juridiction de connaître:
 - . Le capital restant dû
 - . le capital et les intérêts échus impayés
 - . le montant total du capital emprunté
 - . Le montant total des sommes versées par l'emprunteur
 - . La date du premier impayé non régularisé
 - . La date de déchéance du terme
- * lettre annuelle d'information sur le montant du capital restant à rembourser
- * justificatifs de la consultation du FICP
- * lettre d'information sur les risques encourus en cas de défaut de paiement
- * lettre d'information en cas de modification du taux débiteur ou du montant des frais prélevés
- * notice d'assurance
- * lettre d'information pré-contractuelle

TI
3 place Henri Barbusse
30107 ALES
Téléphone : 04.66.56.27.50
Télécopie : 04.66.52.70.40



ANNEXE 5

Page 1

TRIBUNAL D'INSTANCE
de NÎMES (30000)

JUGEMENT DU

11 juin 2014

Références : RG n° 11-13-001216

DEMANDEURS :

Minute N° 722

Monsieur

S

Madame

C/

SUN WATER FRANCE

représenté(e) par Me GALLI Cynthia, avocat au barreau de NIMES

DÉFENDEURS :

SARL SUN WATER FRANCE

(91 Av J. Prouvé à Nîmes 30900) en liquidation judiciaire prise en la
personne de Me Frédéric TORELLI mandataire judiciaire
29, rue des Lombards, 30014 NIMES,
représenté(e) par Me CROZEL Fanny, avocat au barreau de NIMES

SA FINANCO

inscrite au RCS de Brest n°B.338.138.795
siège social 1 Rue Louis Lichouo, 29480 LE RELECQ KERHUON,
représenté(e) par SCP CORNEN LAURET, avocat au barreau de BREST
substitué par SCP CABANES,

COMPOSITION DU TRIBUNAL :

NOEL Christophe, Président

GREFFIER :

RAVAT Fabienne, greffier, lors des débats et de la mise à disposition au greffe

DÉBATS :

Audience publique du 2 avril 2014

DÉCISION :

contradictoire, avant dire droit, rendue par mise à disposition au greffe du tribunal d'instance de Nîmes le 11 juin 2014 en vertu de l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile.

EXTRAIT DES MINUTES
DU GREFFE DU TRIBUNAL
D'INSTANCE DE
NIMES
DÉPARTEMENT du GARD
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Copie exécutoire délivrée
le :
à :

Par actes d'huissier en date du 6 et 13 septembre 2013, ~~M. G~~ et Mme ~~...~~ ont fait assigner Me Frédéric TORELLI es qualité de liquidateur judiciaire de la SARL SUN WATER France et la SA FINANCO devant le tribunal d'instance de NIMES afin d'entendre ce dernier :

- Ordonner la suspension des obligations des requérants à l'égard de la société FINANCO et dire que les intérêts des échéances reportées seront réduits au taux légal.
- surseoir à statuer sur les modalités de paiement des sommes exigibles jusqu'au terme du délai de suspension.
- Dire que le tribunal sera ressaisi par la partie la plus diligente à l'issue du délai de suspension.
- Dire et juger opposable à Me Frédéric TORELLI en qualité de mandataire judiciaire à la liquidation judiciaire de la société SUN WATER France la décision à intervenir.
- condamner la SA FINANCO à payer 5000 € à titre de dommages intérêts au requérant.
- ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir.
- condamner la SA FINANCO lui payer la somme de 1000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Le requérant qui comparaissent représentés exposent avoir été contacté par un salarié de la SARL SUN WATER aujourd'hui en liquidation judiciaire depuis le 18/06/2012 prononcée par le tribunal de commerce de MONTPELLIER, aux fins de mise en place d'un système d'adoucisseur d'eau et un purificateur d'eau incluant l'obligation de souscrire un contrat de maintenance sur 10 ans financé par un prêt consenti par leur partenaire financier la SA FRANFINANCE. Il indique que le bon de commande a été signé le 16 /08/2010 et qu'un contrat de prêt accessoire aurait été conclu le même jour avec la société FINANCO.

Il indique que le matériel installé a fait l'objet de multiples pannes, aucune assistance n'a été mise en place nonobstant les termes du contrat prévoyant notamment une assistance téléphonique ainsi qu'une intervention à domicile sous 72 heures ouvrables en ce que la mise en liquidation judiciaire de la SARL SUN WATER rend impossible l'exécution du contrat principal à exécution successive. Il indique ensuite qu'il y a exception d'inexécution en raison de l'absence de réalisations des prestations promises par la SARL SUN WATER.

Me TORELLI es qualité de liquidateur judiciaire de la SARL SUN WATER qui comparait représenté intervient volontairement à l'instance et demande de constater l'absence de déclaration de créance opérée par le requérant et l'impossibilité de condamnation financière qui en résulte. Il conclut au rejet des demandes des requérants et sollicitent leur condamnation à lui payer la somme de 1000 € en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

La SA FINANCO qui comparait représentée conclut au rejet des demandes adverses. La SA FINANCO soutient ensuite qu'elle a uniquement financé la vente du matériel, vente instantané et non le contrat de prestation d'entretien, de sorte que les dispositions de l'article L 311-20 et suivants du code de la consommation ancien ne sont pas applicables en cas d'inexécution par la SARL SUN WATER des prestations d'entretien.

Subsidiairement, en cas de prononcé de la résolution du contrat, elle sollicite la condamnation des requérants à lui rembourser le capital du prêt après déduction des échéances réglées compte tenu de la remise en état initiale des parties lors de la conclusion du contrat de prêt. Elle sollicite l'exécution provisoire du jugement à intervenir ;

MOTIFS-SUR LA PROCEDURE

Attendu que les requérants ne versent au dossier aucune déclaration de créance opérée à la suite du jugement de liquidation judiciaire prononcé le 18/06/2012 par le tribunal de commerce de MONTPELLIER à l'encontre de la SARL SUN WATER, de sorte que les requérants ne peut solliciter aucun paiement auprès de cette société requise ;

-SUR LES DEMANDES DES REQUERANTS

Attendu que les requérants versent au dossier un bon de commande SUN WATER France n° 8669 en date du 16/08/2010 s ; que ledit bon de commande mentionne « en cas d'annulation de commande, utiliser le bon de rétractation au verso » ;

Que cependant, il ressort de la lecture du bon de commande n° 8669 du 16/08/2010 que le bordereau de rétractation imposé par l'article L 121-23 du code de la consommation ancien ne figure pas au verso du document produit ;

Attendu qu'en tout état de cause, il appartient au prestataire professionnel de justifier de la remise effective au consommateur d'un formulaire contenant le bordereau de rétractation conforme aux dispositions de l'article L 121-23 7e du code de la consommation, en produisant la copie du formulaire daté et signé par le consommateur contenant le bordereau de rétractation avec les mentions d'ordre public prévues par l'article susvisé lors de la conclusion du contrat ;

Attendu que de surcroît le contrat de prêt accessoire produit aux débats n'est pas signé par les requérants ou la SA FINANCO et mentionne « Référence vendeur AYACHI » Matériel financé « Achats PARTS » sans aucune référence à une quelconque vente SUN WATER et sans aucune mention du numéro de bon de commande, de sorte qu'il ne ressort nullement des débats que le contrat de prêt FINANCO corresponde d'une part à un prêt accessoire au contrat principal conclut entre les requérants et la SARL SUN WATER et d'autre part soit valablement consenti par les requérants ;

Attendu par conséquent qu'en l'état de ces constatations, il y a lieu en application de l'article L 121-23 du code de la consommation de soulever d'office la nullité du bon de commande conclut le 16/08/2010 entre la SARL SUN WATER France et les époux S. ;

Attendu qu'il convient **d'ordonner la réouverture des débats à l'audience qui se déroulera le mercredi 1er octobre 2014 à 10h30 dans les locaux du tribunal d'instance de NIMES situés au 5 avenue Feuchères à Nimes ;**

Attendu qu'il convient de surseoir à statuer sur les demandes jusqu'à la date de l'audience susvisée ;

PAR CES MOTIFS

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et avant dire droit

Constata que les requérants ne justifient pas avoir déclaré leur créance aux organes de la procédure collective en charge de la liquidation judiciaire de la SARL SUN WATER France.

Dit que les requérants ne peuvent solliciter aucune condamnation pécuniaire à l'encontre de la SARL SUN WATER France.

Ordonne la réouverture des débats à l'audience qui **se déroulera le mercredi 1er octobre 2014 à 10h30 dans les locaux du tribunal d'instance de NIMES situés au 5 avenue Feuchères à Nîmes ;**

Ordonne à Me TORELLI es qualité de liquidateur judiciaire de la SARL SUN WATER France de produire lors de ladite audience le formulaire daté et signé par M .BONIFASSI contenant le bordereau de rétractation prévu par l'article L 121-23-7e du code de la consommation.

Ordonne à la SA FINANCO de produire aux débats lors de l'audience susvisée l'original de l'exemplaire en sa possession du contrat de prêt consenti entre elle et les époux S .

Ordonne aux requérants de signifier aux parties adverses le présent jugement et de justifier de cette signification lors de l'audience du 1/10/2014.

Surseoit à statuer sur les demandes jusqu' à la date de l'audience susvisée.

Réserve les dépens.

Le Greffier



Le Président



ANNEXE 6

PROCEDURE ET PRETENTIONS DES PARTIES

Par ordonnance d'injonction de payer en date du 16 mars 2010, Monsieur XXX a été condamné au paiement à la SA YY, de la somme principale de 13730,05 € avec intérêts au taux légal, outre les dépens. Monsieur XXX a formé opposition par lettre envoyée le 16 juillet 2010 à l'ordonnance d'injonction de payer signifiée le 17 juin 2010 à son fils ainsi déclaré.

L'affaire a été appelée à l'audience du 9 novembre 2010, a fait l'objet de cinq renvois à la demande des parties avant radiation, pour être réinscrite à l'audience du 25 octobre 2011 et retenue en leur présence.

Dans ses conclusions, la SA YY demande au tribunal la condamnation de Monsieur XXX à lui payer la somme de 16911,54 euros outre les intérêts au taux de 3,79 % l'an sur la somme de 16111,54 euros à compter du 14 septembre 2009, avec exécution provisoire, outre la somme de 750 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi que les dépens.

La SA YY indique que Monsieur XXX a souscrit le 12 octobre 2005 un contrat d'ouverture de crédit, le montant du découvert autorisé étant de 21 500 euros, la première fraction mise à disposition de 6000 euros. Suite à des impayés, elle lui adressait une mise en demeure le 14 septembre 2009 de régler sa dette.

[...]

MOTIVATION

Vu les articles L311-1 et suivants du Code de la consommation,
Vu les articles 1405 et suivants du Code de procédure civile,

Attendu que l'opposition formée par lettre envoyée le 16 juillet 2010 à l'ordonnance d'injonction de payer signifiée le 17 juin 2010 à un tiers étant régulière et recevable en application de l'article 1416 du Code de procédure civile, il convient de mettre à néant l'ordonnance d'injonction de payer du 16 mars 2010 et de statuer à nouveau, sans infirmer ni confirmer, ce qui laisse une totale latitude dans les demandes des parties, la procédure étant orale, et dans l'appréciation par le tribunal ;

Attendu que selon offre acceptée le 12 octobre 2005, la SA YY a consenti à Monsieur XXX et Madame XXX une offre préalable d'ouverture de crédit par découvert en compte, le montant maximum du découvert autorisé étant de 21500 euros, la fraction disponible de 6 000 euros ;

Attendu que la lecture des pièces fournies par la SA YY permet de constater que nonobstant la variation du numéro de compte, il s'agit d'un seul et même unique compte ;

Que le moyen est inopérant ;

Attendu que, faute de paiement de plusieurs échéances, la SA YY a adressé le 15 septembre 2009 une mise en demeure, non réclamée, précisant avoir prononcé la déchéance du terme le 12 septembre 2009 ;

Attendu que la SA YY précise qu'elle n'encourt point la forclusion puisque ce n'est pas le dépassement du découvert qui constitue la défaillance de l'emprunteur mais la cessation de paiement et la déchéance du terme est intervenue le 12 septembre 2009 ;

Que le défendeur ne dit mot sur cette disposition technique ;

Attendu cependant que les dispositions du Code de la consommation étant d'ordre public, il appartient au tribunal de statuer sur ce point, sous réserve qu'il ait été mis dans le débat, ce qui est le cas d'espèce ;

Attendu donc qu'à la lecture de l'historique, il apparaît que dès juillet 2007, le montant de la fraction disponible a été dépassé pour la seconde fois, sans respect des dispositions d'ordre public du Code de la consommation et émission d'une nouvelle offre, sans régularisation jusqu'à la signification de l'ordonnance d'injonction de payer, la société autorisant des achats de 5000 euros, puis de 1500 euros et encore de 2500 euros et de 2008,89 euros... ;

Que c'est ce montant de 6000 euros qui doit être retenu comme maximum, fruit de la volonté commune des parties à l'ouverture, sauf à enlever tout intérêt à la fixation de cette somme et tout intérêt à la production de pièces justificatives à l'ouverture par les emprunteurs pour une étude sérieuse par le prêteur, puisque par la suite la société agit comme bon lui semble sans plus amples éléments ;

Attendu donc qu'il y a lieu de redonner un sens aux dispositions d'ordre public du Code de la consommation édictées dans l'intérêt d'une part des consommateurs qui fixent à la signature leur limite sous réserve d'une demande expresse d'augmentation à étudier, et dans l'intérêt d'autre part des établissements de crédit qui doivent faire preuve de responsabilité et respecter la volonté contractuelle, et donc de fixer en l'espèce le premier incident non régularisé à la date de ce dépassement de juillet 2007 ;

Que la signification datant du 17 juin 2010, plus de deux ans se sont écoulés depuis le premier incident de paiement ;

Que la SA YY est donc forclosée en son action ;

Attendu que la SA YY conservera la charge de ses dépens ;

PAR CES MOTIFS,

le Tribunal, statuant par jugement mis à disposition au greffe, contradictoire et en premier ressort,

[...]

Dit irrecevable comme forclosée l'action intentée par la SA YY à l'encontre de Monsieur XXX ;

Dit que la SA YY conservera la charge de ses dépens.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT

BIBLIOGRAPHIE

Les références sont classées par ordre chronologique allant du plus ancien au plus récent.

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS & COURS

BERGÉ J.-S. et ROBIN-OLIVIER S.

- *Introduction au droit européen*, PUF, Broché, 9 juillet 2008.
- *Droit européen : Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, Broché, 5 mars 2011.

BOULOUIS J., DARMON M. et HUGLO J.-G.

Contentieux communautaire, 2^e édition, Dalloz, collection Précis, 2001.

CADIET L.

Droit judiciaire privé, 2^e édition, Litec, 1998.

CADIET L. et JEULAND E.

Droit judiciaire privé, 8^e édition, LexisNexis, septembre 2013.

CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S.

Théorie générale du procès, 1^{re} édition Thémis PUF, 2010.

CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F.

- *Droit de la consommation*, 5^e édition, Précis Dalloz, Droit privé, 2000.
- *Droit de la consommation*, 6^e édition, Précis Dalloz, Droit privé, 2003.

CALAIS-AULOY J., TEMPLE H.

Droit de la consommation, 8^e édition, Précis Dalloz, Droit privé, 2010.

CORNU G.

Vocabulaire Juridique, 9^e édition, PUF, 2011.

FABRE-MAGNAN M.

Les obligations, 1^{re} édition, PUF, Thémis Droit privé, octobre 2004.

GHEVONTIAN R.

Droit communautaire, 3^e édition, Dalloz, Aide-mémoire, 2006.

GUILLIEN R. et VINCENT J.

Lexique des termes juridiques, 16^e édition, Dalloz, 2007.

GUINCHARD S.

- *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2002.
- *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2006.
- *Lexique des termes juridiques*, 18^e édition, Dalloz, 2011.

GUINCHARD S. et DEBARD T. (sous la direction de)

Lexique des termes juridiques, 21^e édition, Dalloz, 2014.

GUINCHARD S. et MONTAGNIER G. (sous la direction de)

Lexique des termes juridiques, 16^e édition, Dalloz, 2007.

GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C.

Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, 29^e édition Précis Dalloz, Droit privé, 2008.

LEFORT C.

Procédure civile, 3^e édition, Dalloz, Cours, 2009.

LINANT DE BELLEFONDS X. et HOLLANDE A.

L'arbitrage et la médiation, 1^{re} édition, Dalloz, Que sais-je, 2003.

MALAURIE Ph. et MORVAN P.

Introduction au droit, 4^e édition Lextenso, Defrénois, Collection Droit Civil, 2012.

PICOD Y. et CHEVRIER É.

Code de la consommation commenté, 19^e édition, Dalloz, collection Précis, Droit privé, 2014.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.

Introduction au droit, 5^e édition Broché, décembre 1996.

TERRÉ F., SIMLER Ph. & LEQUETTE Y.

Droit civil, Les obligations, 11^e édition, Précis Dalloz, septembre 2013.

VINCENT J. & GUINCHARD S.

- *Procédure civile*, 25^e édition, Précis Dalloz, Droit privé, 1999.
- *Procédure civile*, 27^e édition, Précis Dalloz, Droit privé, 2003.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES & ENCYCLOPÉDIES

ALLIEZ C.

L'office du juge en matière de crédit à la consommation, [Th. doct. sous la dir. de J.-L. RESPAUD : Droit privé et sciences criminelles: Université de Montpellier I], présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2008.

BAYET A.

Le relevé d'office par le juge national des dispositions du code de la consommation, Etude juridique, INC, novembre 2012.

BLANQUET M.

Effet direct du droit communautaire, Dalloz, Répertoire de Droit Communautaire, août 2008 (dernière mise à jour : octobre 2010)

BOSCO D.

Le contentieux des clauses abusives, rapport de recherche, DEA de Droit privé de la Faculté de droit d'Aix-Marseille, sous la dir. du professeur L. COUPET, Thémis, U-III, mars 1999.

BOURSIER M.-E. et BOTREL E.

Jugement par défaut ou réputé contradictoire, Dalloz, Répertoire de Procédure Civile, mars 2014.

BRAUD F.

« Le droit communautaire et le juge de l'ordre judiciaire français », in *Le pouvoir Judiciaire Communautaire*, sous la direction de J.-L. CLERGERIE, actes du colloque du 16 octobre 1998 de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges, Presses Universitaires de Limoges, janvier 2000.

CHARBONNEL L.

La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, [Th. doct. sous la dir. d'A. PELISSIER : Droit privé : Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse], soutenue publiquement en 2010 à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

CHAVRIER H.

Droit de l'Union et des communautés européennes et contentieux administratif, Dalloz, Répertoire de Contentieux Administrative, mars 2005.

DE MATOS A.-M.

Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne, Institut de droit des affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

EBERS M.

Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13), analyse comparative in *Compendium CE de Droit de la consommation*, Bielefeld, 2011, p. 385.

EUDIER F.

Jugement, Rép. Pr. Civ., septembre 2011, réactualisée par Nicolas GERBAY en juin 2014.

FAGES F.

Théorie de l'équivalence et conflits de lois, [Th. doct. sous la dir. de P. MAYER: Droit international et européen : Université de Paris I], soutenue publiquement en 2013, à Paris 1.

GARAPON A., PERDRIOLLE S., BERNABE B. et KADRI C.

La prudence et l'autorité – L'office du juge au XXI^e siècle, l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, mai 2013.

GREILSAMER L. et SCHNEIDERMAN D.

Les juges parlent, édition Fayard, 1992.

KARPENSCHIF M. et NOURISSAT C. (sous la direction de)

Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne – Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, 1^{re} édition, PUF, Thémis, octobre 2010.

LAMARTHE B.

La défense du consommateur dans l'Union européenne, Réflexe Europe, La documentation Française, 2001.

LASBORDES V.

Les contrats déséquilibrés, Préface C. SAINT-ALARY HOUIN, Tome I de l'Institut de Droit des Affaires à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2000.

LERMINIER E.

Philosophie du droit, texte de 1831 repris par Georges NAVET dans la collection « Corpus des œuvres de philosophie en langue française », édition 2008.

MAFFRE-BAUGÉ A.

Conditions générales de vente et Crédit à la consommation, Dictionnaire permanent Recouvrement de créances et procédures d'exécution, bull. n°152, septembre 2012, p. 11 et 12.

MONTAGNIER G. et DÉBARD T.

Droit de l'Union européenne et procédure civile, Dalloz, Répertoire de Procédure Civile, mars 2014.

PEGLION-ZIKA C.-M.

La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, [Th. doct. L. LEVENEUR : Droit privé : Université de Paris II], soutenue le 13 décembre 2013 à l'école doctorale de droit privé de l'Université de Paris II.

PESCATORE P.

L'ordre juridique des Communautés européennes-Etude des sources du droit Communautaire, Presse Universitaire de Liège, 2^e édition, 1973.

ROBERT J.

L'arbitrage-droit interne, droit international privé, 6^e édition, Dalloz, 1993.

SAUPHANOR N.

L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 326, [Th. doct. sous la dir. de J. GHESTIN : Droit privé : Université de Paris I], février 2000.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

Clauses abusives, Dalloz, Répertoire de Droit Civil, juin 2014.

SIMON D.

Directive, Dalloz, Répertoire de Droit Européen, décembre 1998 (mise à jour : mars 2012).

TAORMINA G.

- *Théories et pratiques du droit de la consommation, Aspects généraux et contrats spéciaux*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2004.
- *Introduction à l'étude du droit*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005.

TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V. et GRZEGORCZYK C.

Théorie des contraintes juridiques, La pensée Juridique, Bruylant LGDJ, février 2005.

III. MÉLANGES

BACACHE M.

« Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Lextenso, LGDJ, 2008, p. 23.

BLÉRY C.

« Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès) », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Lextenso, LGDJ, 2008, p. 111.

BOLZE A.

« Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français », in *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2008, p. 87.

BOULOC B.

« La perte du droit aux intérêts », in *Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004.

BOURGOIGNIE T.

« Droit et politique communautaires de la consommation, Une évaluation des acquis », in *Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 95.

CADIET L.

« Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Mélanges Jacques NORMAND*, Paris, Litec, 2003, p. 71.

COURBE P.

« Le juge, la jurisprudence et le droit international privé », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Lextenso, LGDJ, 2008, p. 181.

CROZE H.

« Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justice et droit du procès - Du légalisme Procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010.

DOUCHY-OUDOT M.

« L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX*, LGCJ, Dalloz 2009.

DRAGO G.

« Quels principes directeurs pour le procès constitutionnel ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justice et droit du procès - Du légalisme Procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, 2010.

FERRIER D.

« Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 373.

HUGON C.

« Le consommateur de justice », in *Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 517.

MATHIEU-IZORCHE M.-L.

« Un code de la consommation écrit à quatre mains, rencontre onirique entre deux amis », in *Liber amicorum, Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 687.

MAZEAUD D.

« Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum*, Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 697.

NIBOYET M.-L.

« Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, p. 363.

PATRICK C.

« Le juge, la jurisprudence et le droit international privé », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Lextenso, LGCJ, 2008.

STEINMETZ F.

« Le droit de la consommation...peut mieux faire », in *Liber amicorum*, Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 1049.

TEMPLE H.

« Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Liber amicorum*, Jean CALAIS-AULOY, 2004, p. 1067.

VAN COMPERNOLLE J.

« Le rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, Lextenso, LGDJ, 2008, p. 477.

WIEDERKEHR G.

« De la légitimité de la justice », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 485.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALBERTINI M. et DEBROUX M.

« Apports et incertitudes de la nouvelle action de groupe », *JCP E* 12 juin 2014, n°24, 416.

ALBIGÈS C.

- « Rapport introductif », *JCP CCC* octobre 2005, n° 10, 9.
- « La réforme du droit du surendettement : approche de droits substantiels », *RD ban. fin.* novembre 2011, n° 6, doss. 34.

D'ALÈS T. et CONSTANS A.

« Les grands principes de procédure civile française face à la concurrence du droit de l'Union européenne », *JCP E* 5 juin 2014, n°23, 1306.

ALLIEZ C.

« L'article L.141-4 du Code de la consommation : la réforme de l'office du juge en droit de la consommation », *Lextenso, LPA* 2 juillet 2009, n°131.

AMRANI MEKKI S.

- « Office du juge et pouvoir de relever d'office », *JCP G* 23 avril 2008, n°17, I, 138, p. 22.
- « Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense », *Revue Procédures* mars 2012, n° 3, doss. 6.

AMRANI MEKKI S., CADIET L., CLAY T., JEULAND E. et SERINET Y.-M.

« Droit judiciaire privé », *JCP G* 23 mars 2005, n° 12, I, 125.

AMRANI MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON B.

« Droit des contrats », *D.* 2005, p. 2836.

ASTOR P.

« Clauses abusives : victoire amère d'UFC-Que choisir contre Cdiscount », article publié dans ZDN, <http://www.zdnet.fr>, le jeudi 27 Mars 2008.

AUBERT DE VINCELLES C.

- « Naissance d'un droit commun européen des contrats », *RTD Eur.* 2012, p. 661.
- « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », *RTD Eur.*, 2013, p. 559.

AUBERT DE VINCELLES C. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

« Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.

AUBRY H., POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

- « Droit de la consommation janvier 2009 - janvier 2010 », *D.* 2010, p. 790.
- « Droit de la consommation » mars 2013 - mars 2014 », *D.* 2014, p. 1297.

AVENA-ROBARDET V.

- « Crédit à la consommation : la première Chambre civile campe sur ses positions », *D.* 2004, p. 947.
- « Faut-il revoir la sanction de la déchéance du droit aux intérêts ? », *Dalloz Actualité*, 11 avril 2014.

BABONNEAU M.

« Aide juridictionnelle : 43 millions d'euros supplémentaires », *Dalloz Actualité*, 23 septembre 2014.

BANQUE DE FRANCE

« Crédits aux particuliers », août 2014, article en ligne : < <http://www.banque-france.fr> >, accès : 02/10/2014.

BASEDOW J.

« Un droit commun des contrats pour le marché commun », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, n°1.

BAZIN-BEUST D. (sous la direction de *BARBOU DES PLACES S. et CHONE-GRIMALDI A.-S.*)

« Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (octobre 2012- mars 2013) – Droit de la consommation- Portée de l'action en suppression de clauses abusives », *Europe* juillet 2013, n°7, chron. 1.

BEGUIN J., ORTSCHIEDT J. et SERAGLINI C.

« Droit de l'arbitrage », *JCP G* 19 décembre 2011, n° 51, 1432.

BERNHEIM-DESVAUX S.

« Les clauses de recours à un mode alternatif de règlement des litiges de consommation : la clause de recours à la médiation ou à la conciliation », *JCP CCC* octobre 2011, n° 10.

BEYNEIX I.

« L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », *RTD Com.* 2012, p. 225.

BLÉRY C.

- « Des effets dévastateurs du principe de concentration », *Procédures* janvier 2010, n° 1, alerte 1.
- « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », *Procédures* novembre 2012, n° 11, étude 6.

BLÉRY C. et RASCHEL L.

« Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international », *Procédures* mars 2012, n° 3, doss. 4.

BOLARD G.

- « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP G* 28 juillet 1993, n° 30, vol. I 3693.
- « Les écritures qualificatives », *JCP G* 22 mars 2000, n° 12, vol. I, 214.
- « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP G* 25 juin 2008, n° 26, I, 156.

BOLARD G. & GUINCHARD S.

« Office du juge - Le juge dans la cité », *JCP G* 29 mai 2002 n°22.

BORÉ L.

- « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995 p. 267
- « Faut-il avoir peur de l'action de groupe ? », *Le Monde du Droit selon Capitant, Newsletter* octobre 2013, Interview de L. BORÉ, Propos recueillis par D. Mazeaud, p. 5.

BROUILLAUD J.-P.

« Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234.

CABALLERO F.

« Plaidons par procureur ! De l'archaïsme juridique à l'action de groupe », *RTD Civ.* 1985, p. 247.

CADIET L.

« Droit judiciaire privé », *JCP G* 6 mai 2009, I n° 19, 142.

CADORET V.

« Bref aperçu des obligations d'information et devoir de renseignement dans la directive n° 2008/48 CE du 23 avril 2008, in Droit de la consommation », *LPA*, 2 juillet 2009, n° 131, p. 7, act. II.

CADORET V., GRANDMAIRE J., SERGENT F., TOUSSAINT-DAVID G. et SIMON F.-L.

« Vade-mecum de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite «loi Hamon », *LPA* 7 avril 2014 n° 69, p. 4.

CALAIS-AULOY J.

« L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ.* 1994, p. 239.

CANUT F.

« Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D.* 2007, p. 2257.

CASSIA P.

« Vers une action collective en droit administratif ? », *Revue Française de Droit Administratif*, 2009, p.657.

CHARBIT N.

« L'Espéranto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. - À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats, » *JCP G* 2 janvier 2002, I, n° 1, 100.

CHAZAL J.-P.

« Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996) », *JCP G* 15 juillet 1998, n° 29, I, 152.

CHONÉ-GRIMALDI A.-S. et RASCHEL L.

« L'action de groupe à la française : tout vient à point à qui sait attendre ! », *Responsabilité civile et assurances* mai 2014, n°5, étude 4.

CLAUDEL E.

« Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD Com.* 2014, p. 339.

CLEMENT-WITZ L. (*sous la direction de BARBOU DES PLACES S. et CHONÉ-GRIMALDI A.-S.*)

« Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (octobre 2012- mars 2013) – Office du juge- Renvoi préjudiciel. Appel », *Europe* juillet 2013, n°7, chron. 1.

COMMISSION BRUXELLES

« Recours collectifs : consultation de la Commission sur le règlement des litiges à grande échelle en matière de consommation », *JCP E* 11 décembre 2008, n° 50, act. 559.

Conseil des ministres

« La transposition des directives communautaires », communiqué du Conseil des ministres du 20 février 2008, *La documentation française*, 1^{er} janvier 2009.

COTTEREAU V.

« La clause réputée non écrite », *JCP G* 21 juillet 1993, I, n° 28, 3691.

CROZE H.

- « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du Code de la consommation », *Procédures* n° 3, mars 2008, comm. 80.
- « Da mihi factum jusque », *Procédures* octobre 2006, n° 10, repère 9.

DESHAYES O.

« L'office du juge à la recherche de sens : à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102.

DEZALLAI A.

« Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *Revue Française de Droit Administratif* 2011, p. 925.

DINTILHAC F.

« Rapprochement des législations », *D.* août 2006 (mise à jour : juin 2013).

DORSNER-DOLIVET A. et BONNEAU T.

« L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, chron. 8, p. 59.

DREYER E.

« La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 22 octobre 2008, n° 43, I 201.

DUBOS O.

« L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise », *Revue Française de Droit Administratif* 2003, p. 568.

EOLAS

« Le législateur est-il un être doué de raison? », *Journal d'un avocat - Instantanés de la justice et du droit*, Délibéré sous Firefox et promulgué par Dotclear, article du 18 avril 2014, en ligne : <www.maitre-eolas.fr>, accès : 15 octobre 2014.

FABRE-MAGNAN M.

« La formation du contrat », in *Droit des obligations*, par Le Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne sous la direction de Jacques GHESTIN, *JCP G* 2 décembre 1992, n°49, I, 3632.

FABRE-MAGNAN M., VIRASSAMY G. et BILLIAU M.

« Droit des obligations », par Le Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne (URA CNRS 1471) sous la direction de Jacques GHESTIN, *JCP G* 2 décembre 1992, n° 49, I, 3632.

FADLALLAH I. et BAUDE-TEXIDOR C.

- « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.* 2003, p. 750.
- « La réglementation française ne peut empêcher le juge de relever d'office le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l'expiration du délai de forclusion », *JCP E* 13 février 2003, n° 7, p. 279.

FAUVARQUE-COSSON B.

- « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, n°8, p. 125.
- « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés ? », *D.* 2008, p. 556.
- « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, p. 34.

FLORES Ph. et BIARDEAUD G.

- « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », *D.* 2000, p. 191
- « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227.

FOHRER- DEDEURWAERDER E.

« Loi étrangère devant les juridictions françaises. – Application d'office de la règle de conflit de lois. – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », *JCP Civ.* 14 décembre 2010.

FOURGOUX J.-L.

- « La concurrence des compétences en matière de droit de la concurrence interne et communautaire », *JCP E* 27 janvier 1994, n° 4, 325.
- « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *JCP CCC* mars 2011, n° 3, étude 5.

FRICERO N.

« Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *JCP G* 9 juillet 2008, I, n° 28, 162.

GAUTIER S.

« Crédit permanent : martyr des juges du fond », *LPA* 17 octobre 2005, n°206, p. 3.

GORCHS B.

- « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010, p. 1300.
- « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.* 2003, p. 409.

GOURIO A.

« Feu l'hypothèque rechargeable. - (article 46 du projet de loi relatif à la consommation) », *JCP E* 13 mars 2014, n° 11, act. 185.

GOUT O.

- « Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité », *JCP G* 14 février 2001, n°7, II, 10477.
- « L'accès au droit des consommateurs », *LPA* 30 mai 2008, n° 109, p. 20.
- « Un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », *JCP G* 4 février 2009, n° 6, act. 66.

GUILLERMIN, P.

« Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *Actualité Juridique de Droit pénal*, 2008, p. 73.

HAERI K.

« Réflexions sur le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires : et le pénal n'appartint plus jamais au justiciable..., Dossier - Dépenalisation du droit des affaires », *Revue de Droit pénal* mars 2008, n° 3, doss. 4.

HENRY X.

« Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? - L'appréciation du rapport direct avec l'activité », *D.* 2003, p. 2557.

IDOT L.

« Droit européen des contrats : les travaux du groupe français », *Europe* mai 2008, n° 5, alerte 27.

INC

« Le relevé d'office par le juge national des dispositions du code de la consommation », *Institut National de la Consommation*, INC, en ligne : <<http://www.conso.net>>, accès : novembre 2012.

JARROSSON C.

« L'actualité de la pensée de Henri Motulsky sur l'arbitrage », *Procédures* mars 2012, n° 3, doss. 13.

JOLY-HURARD J.

« Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire », *D.* 2003, p. 928.

JULIEN J.

- « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *JCP CCC* mai 2014, n°5, doss. 2.
- « Publication du décret d'application relatif à l'action de groupe », *JCP E* 2 octobre 2014, n° 40, act. 704.

LAGARDE X.

- « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G* 11 avril 2001, n° 15-16, p.745.
- « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *D.* 2005, p. 2222.
- « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p. 740.
- « Réformer l'injonction de payer. – Défense d'une proposition », *JCP G* 23 juillet 2008, n° 30, I, p.165.
- « Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation », *JCP G* 25 février 2009, n°9, II, p. 10037.
- « Vers un nouveau droit de la consommation - Rapport de Synthèse », *RD ban. fin.* novembre 2011, n° 6, doss. 39.

LE BARS T.

« La réforme du droit du surendettement : aspects procéduraux », *RD ban. fin.* novembre 2011, n° 6, doss. 33.

LE BAUT-FERRARÈSE B.

« Le droit communautaire au soutien du consommateur ?, à propos du délai de forclusion de l'article L. 311-37 du Code de la consommation », *LPA* 29 mai 2001, n° 106, p. 16.

LEFEBVRE C., MARIN J.-C.

« Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?, « Club du Châtelet », Conférence- débat », *JCP G* 19 décembre 2011, n°51, p. 2533.

LEGEAIS D.

- « Devoir de mise en garde de l'établissement de crédit. Responsabilité pour fourniture d'un crédit excessif à un particulier », *Droit Commercial*, 2004, p. 581.
- « Histoire d'un mort-né », *RD ban. fin.* mars 2014, n°2, repère 2.

LEGRAND V.

« Proposition de loi tendant à prévenir le surendettement : du devoir de refuser un crédit excessif au droit de ne pas payer ses dettes... », *D.*, 2012, p. 2901.

LEVENEUR L.

- « Un peu de concurrence, beaucoup de droit de la consommation.- A propos de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 », *JCP G* 30 janvier 2008, n°5, act.69.
- « Un nouveau contrat pour un nouveau MARC », *JCP CCC* novembre 2012, n° 11, repère 10.

LUBY M.

- « Droit communautaire de la consommation », *JCP C* 15 septembre 2002.
- « TROP NE VAUT RIEN ! Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives) », *JCP CCC* janvier 2004, n°1, chron. 1, comm. 1 à 16.

MAINGUY D. et DEPINCE M.

« L'introduction de l'action de groupe en droit français », *JCP E* 20 mars 2014, n° 12, p. 1144.

MALAURIE P.

« Droit romain des obligations ; Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », *JCP G* 19 juillet 2000, n° 29, vol. I, p. 246.

MARTIN R.

- « L'action en représentation conjointe des consommateurs », *JCP G* 20 avril 1994, I, n° 16, p. 3756.
- « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », *D.* chron. 20.
- « Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin) », *D.* 2006, p. 2201.

MARTINON A.

« L'impact du droit européen sur le droit de la consommation. - Brefs regards sur une actualité », *RD ban. fin.* septembre 2011, n° 5, doss. 26.

MATHEY N. et WERNER J.

« La loi relative à la consommation. Aspects de droit bancaire », *RD ban. fin.* mars 2014, n° 2, étude 6.

MAZEAUD D.

- « Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel" », *LPA* 7 mai 2004, n° 92, p. 47.
- « Observations conclusives », *Revue des contrats*, 1^{er} janvier 2006, n° 1, p. 177.

MEL J.

« La notion de consommateur européen », *LAP* 31 janvier 2006 n° 22, p. 5.

MESTRE J.

« La reconnaissance expresse du pouvoir pour le juge de condamner directement une clause abusive », *RTD Civ.* 1991, p. 526.

MORACCHINI-ZEIDENBERG S.

« Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *JCP CCC* juillet 2013, n° 7, étude 9.

NORMAND J.

- « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *RTD Civ.* 1991, p. 152.
- « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6-1) », *RTD Civ.* 1996, p. 689.
- « Principes directeurs du procès. – Office du juge. – Fondement des prétentions litigieuses », *JCP Proc.* Cote : 05,2010, Fascicule 152, actualisé par C. BLÉRY, 30 juin 2010.

PAISANT G.

- « La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages », *JCP G* 25 juillet 1990, n° 29, I, p. 3457.
- « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (Après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G* 22 juin 1994, n° 25, I, p. 3772.
- « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », *JCP G* 21 novembre 2001, n° 47, II, p. 10631.
- « La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs.
- À propos du Livre vert du 8 février 2007 », *JCP G* 9 mai 2007, n° 19, I, p. 152.
- « Pour le pouvoir d'office du juge dans l'application des dispositions du Code de la consommation », *JCP G* 1^{er} décembre 2007, n° 2 - n° hors-série.
- « 80 propositions, 80 ans de la Semaine juridique », *JCP hors-série*, décembre 2007.
- « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *JCP G* 13 février 2008, n°7, II, p. 10031.
- « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation? », *JCP G* 27 mai 2013, n° 22, p.589.

PERROT R.

« Représentation en justice : de la règle "nul ne plaide par procureur" », *RTD Civ.* 1992, p. 181.

PICOD Y.

« Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *JCP CCC* décembre 2008, n° 12, étude 12.

PIEDELIEVRE S.

- « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », *JCP N* 9 juin 1995, n° 23, p. 889.
- « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, p. 908.
- « Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers », *JCP G* 30 août 2010, n° 35, p. 858.
- « Bref aperçu sur la loi du 17 mars 2014 sur la consommation », *JCP N* 18 avril 2014, n° 16-17, act. 519.

POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

« Droit de la consommation - janvier 2008 - décembre 2008 », *D.* 2009, p. 393.

POISSONNIER G.

- « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285.
- « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, Janvier 2008-Décembre 2008 », *JCP CCC* mai 2009, n° 5, étude 5.
- « Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *D.* 2014, p. 1307.
- « Crédit à la consommation : la déchéance du droit aux intérêts doit être une sanction dissuasive », *JCP CCC* octobre 2014, n° 10, étude 9.

PORTMANN A.

« Première action de groupe à la française contre la facturation indue d'avis d'échéance de loyers », *Dalloz Actualité, Edition Affaire-Consommation*, 2 octobre 2014.

PUTMAN E.

« Fanny Luxembourg, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles* », *RTD Civ.* 2009, 805.

RASCHEL L.

« Les métamorphoses de l'office du juge », *Gaz. Pal.* 31 juillet 2014, n° 212, p. 18.

RAYMOND G.

- « Rétablissement personnel : procédure », *JCP CCC* avril 2005, n°4, comm. 75.
- « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *JCP E* 20 mars 2008, n° 12-13, p. 17.
- « Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE », *JCP G* 26 novembre 2008, n° 48, I, p. 215.
- « Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *JCP CCC* octobre 2010, n° 10, étude 11.

- « Réforme du crédit à la consommation : deux décrets d'application » *JCP CCC* mars 2011, n° 3, comm. 78.
- « Crédit à la consommation – Office du juge », *JCP Banque-Crédit-Bourse*, 1^{er} mai 2011, mis à jour le 18 février 2014, Fasc. 720.
- « À propos du projet de loi « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *JCP CCC* août 2011, n° 8, repère 8.
- « Clauses abusives », *JCP C* 3 septembre 2012, mis à jour le 1^{er} octobre 2013, Fasc. 820.
- « Impacts de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 sur le droit de la consommation », *JCP C* 17 avril 2014, Fasc. 10.
- « Contrats conclus à distance », *JCP C* 3 octobre 2014, Fasc. 904.
- « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », *JCP CCC* mai 2014, n° 5, doss. 3.

REMY-CORLAY P.

« Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen », *RTD Civ.* 2008, p. 258.

RONTCHEVSKY N.

« L'obligation pour l'arbitre amiable compositeur de statuer en équité », *D.*2001, p. 2780.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

- « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" », *JCP G* 2009, I, p.168.
- « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *Revue des Contrats*, 1^{er} septembre 2014, n° 3, p. 471.

SÉRINET Y.-M.

« L'intensité de l'office et les concours d'actions dans la vente : une clarification décisive ? », *Revue des Contrats*, 1^{er} avril 2008, n° 2, p. 435.

SINAY-CYTERMANN A.

« Protection ou surprotection du consommateur ? », *JCP G* 30 novembre 1994, I n°48, p. 3804.

SOLTNER B.

« Office du juge et règles protectrices de l'emprunteur », *RD ban. fin.* mai 2004, n° 3, doss. 100037.

TESTU F. X.

« Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 5 mai 1993, I n° 18, p. 3673.

THERY P.

« La clause de médiation préalable : il ne faut pas confondre ne pas vouloir et refuser », *RTD Civ.* 2009, p. 774.

THIEFFRY P.

« Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, octobre-décembre 1984, 36, n°4, p. 783 à 825.

THIERIET-DUQUESNE A. et RIEHM T.

« Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale », *LPA* 27 avril 2009, n° 83, chronique de droit européen et comparé n° 23, p. 9,

VALETTE- ERCOLE V.

- « Vers un crédit responsable ? - À propos de la loi du 1^{er} juillet 2010 », *JCP G* 12 juillet 2010, n° 28, p. 779.
- « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation », *Droit pénal* juin 2014, n°6, étude 13.

VIAL-PEDROLETTI B.

« Cautionnement : défaut de reproduction de la mention manuscrite », *Loyers et Copropriété* novembre 2008, n° 11, comm. 238.

WEILLER L.

« L'article 12 NCPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties », *JCP G* 9 janvier 2008, n° 2, II, p. 10006.

WESTER-OUISSE V.

« La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP G* 27 octobre 1999, n°43, I, p. 176.

WHITTAKER S.

« Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' "harmonisation complète" », *D.* 2009, p. 1152.

ZAMBRANO G.

« La révolution discrète de l'article L. 141-4 : la faculté du juge de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation », in *Droit de la consommation*, *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, act. II, p. 7.

V. NOTES, AVIS, OBSERVATIONS & CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

AVENA-ROBARDET V.

- Note sous Cass.1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-15.473, Bull. civ. 2008, I, n° 207, *Crédit à la consommation : fin de non-recevoir tirée de la forclusion* », *Dalloz actualité*, 8 octobre 2008, p. 2499.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n ° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, « Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé », *D.* 27 janvier 2009, p. 365.

BAZIN E.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 26 mai 1993, n° 92-16.327, Bull. civ. 1993 I, n° 192, p. 132, *Crédit social des fonctionnaires (CSF-CRESERFI) c. Epx Duguy*, *JCP G* 10 novembre 1993, n° 45, II, 22158.

BÉNABENT A.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 16 juin 1993, n° 91-18.924, Bull. civ. 1993 I, n° 224, p. 155, *Baduel*, Cass, 1^{re} civ. 13 octobre 1993, n° 91-16.344, Bull. civ. 1993 I n° 287 p. 198, *Bouchonnerie Gabriel*, Cass, 1^{re} civ. 27 octobre, n°91-21.416, Bull. civ. 1993 I n° 305 p. 210 *Concorde* et Cass, 1^{re} civ. 8 décembre, n°91-19.627, Bull. civ. 1993 I, n° 362 p. 252, *Prario*, « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie (à propos des cinq arrêts des 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993) », *D.* 1994, p. 115.

BENMAKHLOUF A.

Avis sous A.P., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. A.P. 2006, n° 8 p. 21, Premier avocat général.

BÉRARD P.-Y. et GUILLOT J.-L.

Notes sous CJUE, 1^{ère} chambre, 14 juin 2012, affaire C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c/ Joaquín Calderón Camino*, « Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne - Le pouvoir du juge national de déclarer d'office la nullité d'une clause abusive sans toutefois être habilité à la réviser », *Revue Banque* 27 novembre 2012 n° 754.

BLÉRY C.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 24 septembre 2009, n° 08-10.517, Bull. civ. 2009 I, n° 177, « Principe de concentration des moyens : nouvelle pierre à l'édifice », *JCP G* 2 novembre 2009, n°45, p. 15.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 6 mars 2013, n° 12-12.338, Inédit, *M. X c/ Mme Y, D.*, « Le juge et son office : en faire assez mais pas trop ! », *Gaz. Pal.*, Chronique de jurisprudence de procédure civile, 25 mai 2013 n° 145, p. 32.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 11 décembre 2013, n° 12-21.818, Inédit, « Le juge n'a pas le droit de requalifier d'office !? », *Gaz. Pal.* 11 mars 2014, n° 70, chron. VIII, p. 39.

BOLARD G.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I, n° 129, p. 85, *Scali c/ SCP Poulain*, « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », *JCP G* 5 novembre 1997, n° 45, II 22944.

BOULOC B.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2002, Bull. civ. I, n° 267, Cass, 1^{re} civ. 26 novembre 2002, Bull. civ. I, n° 288, *Theret*, « Offre préalable. Découvert pendant plus de trois mois. Contenu du document », *RTD Com.* 2003, p. 357.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 27 mai 2003, n° 01-10.635, Bull. civ. 2003, I, n°131, p.102, *Dame C... et autre c/ Caisse de mutuelle et de dépôt de Douai*, « Inobservation des conditions légales.- Sanction.- Perte du droit aux intérêts.- Portée », *RTD Com.* 2003, p. 802.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. février 2005, n° 01-16.733, n° 03-16.935 et n° 03-16.905, Bull. civ. 2005 I, n° 59 à 64, « Protection du consommateur. Clauses abusives. Association de défense des consommateurs », *Dalloz*, *Revue Trimestrielle de droit Commercial*, 2005, p. 825.

BOUVERESSE A.

- Note sous CJUE, 1^{re} chambre, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse*, « Clauses abusives », *Europe* juillet 2013, n° 7, comm. 321.
- Note sous CJUE, 1^{re} chambre, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Erika Jörös*, « Clauses abusives », *Europe* n° 7, juillet 2013, comm. 322.

BOY L.

Note sous CA Aix-en-Provence, 4^e chambre A, 30 juin 2010, n° 2010/287, *JurisData* n° 2010-018982, « Cour d'appel et qualification juridique, un regrettable aveuglement sur un dol par réticence ? », *JCP G* 28 février 2011, n° 9, p. 236.

BRETAUDEAU Ph.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 16 avril 1991, n° 88-18.530, Bull. civ. 1991 I, n° 144, p. 95, « Réticence dolosive du vendeur et garantie des vices cachés », *D.* 1993, p. 186.

BRUN Ph.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 12 juillet 2001 n° 99-16.687, Bull. civ. 2001 I, n° 225, p. 141, « De l'office du juge en matière de modification du fondement juridique de la demande de l'acquéreur insatisfait », *D.* 2002, p. 1002.

CARBALLO FIDALGO M. et PAISANT G.

Note sous CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, « Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 Avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP G* 11 avril 2001, n°15, II 10513.

CLAY T.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 16 juin 1993, n° 91-18.924, Bull. civ. 1993 I, n° 224, p. 155, « Vices cachés et défaut de conformité dans la vente », *D.* 1994, p. 546.

Conseil de la concurrence

Avis du 21 septembre 2006 « relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles ».

Cour de cassation

Avis du 9 octobre 1992 de la Cour de cassation n° 0920006 P, Bull. civ. 1992, I, avis n° 41 (n°07/92P), *SA Udeco Diffusion c. Dominique Nore*, *Gaz. Pal.* 25-27 octobre 1992, jur. p. 21.

DAGORNE-LABBE Y.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 16 mars 2004, n° 99-17.955, *SA Cofica c/ L.* et Cass, 1^{re} civ. 16 mars 2004, n° 99-17.957, *SA Cofidis c/ D.*, « La violation de l'article L. 311-9 du Code de la consommation ne peut pas être relevée d'office par le juge », *JCP E* 7 octobre 2004, comm. n° 41-1479.

DARGENT L.

Note sous Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin c/ Sté Carteret automobiles*, « Portée de l'obligation de requalification du juge », *D.* 2008, p. 228.

DARRET-COURGEON I.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 20 mars 2013, n° 12-15.052, Bull. civ. 2013, I, n° 54, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2013, p. 2050.

DE GOUTTES R.

Avis sous Ass. plén. 21 décembre 2007 n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin*, n°564.

DELEBECQUE P.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 6 décembre 1989, n° 88-16.727, Bull. civ. 1989 I, n° 379, p. 255, *École internationale d'hôtesse de Tunon c. Mme Forillière*, JCP G 25 juillet 1990, n° 29, II 21534.

DELPECH X.

- Note sous Ass. Plén. 22 avril 2011, n° 09-16.008, Bull. 2011, Ass. plén., n° 4, « Définition de la demande reconventionnelle et ratification d'une promesse de porte-fort », *D.* 2011, 1870.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 20 mars 2013, n° 12-15.052, Bull. civ. 2013, I, n° 54, « Vente à distance : droit de rétractation de l'acquéreur d'une motocyclette – Cour de cassation », *D.* 2013, p. 830.
- Note sous CJUE 21 février 2013, aff. C-472/11, « Office du juge en matière de clauses abusives : le respect du contradictoire s'impose », *Dalloz Actualité*, 1^{er} mars 2013.

DEPINCE M.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, LPA 2 juillet 2009, n° 131, p. 7.

DOUCHY-LOUDOT M.

Obs. sous Cass, 1^{re} civ. 24 mai 2007, *D.* 2007, panorama 2692.

EUDIER F.

Note sous Cass, 2^e civ. 8 juin 1995, n° 92-21.549, Bull. civ. 1995 II, n° 168, p. 97, « La nature du pouvoir du juge de rectifier un fondement juridique inadéquat invoqué par le demandeur », *D.* 1996, p. 247.

FENOUILLET D.

Note sous Cass. Civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Betton*, « Pouvoir du juge de soulever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation : mieux vaut tard que jamais ! », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1078.

GAUTIER P.-Y.

Note sous Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin*, « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », *RTD Civ.* 2008, p. 317.

GUERLIN G.

Note sous CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, « Le juge national a l'obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause », *L'essentiel, Droit des contrats*, 1^{er} septembre 2009, n° 8, p. 6.

HÉRON J.

Note sous Cass, 3^e civ. 25 janvier 1984, n° 82-16.045, Bull. civ. III, n° 20, *D.* Edition Sirey 1985, 11^e cahier, p. 117.

JULIEN P.

Note sous Conseil d'Etat (section contentieuse) 12 octobre 1979, *Gaz. Pal.* 3 janvier 1980, n°2/3, p. 6.

KOBINA GABA H.

Note sous CJCE, 1^{er} octobre 2002, aff. C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation c/ Karl Heinz Henkel*, « Nature de l'action juridictionnelle en suppression des clauses abusives d'un contrat », *D.* 2002, p. 3200.

LAGARDE X.

Note sous A.P., 6 juin 2003, n° 01-12.453, Bull. 2003 A. P., n° 6, p. 15, *Bauer*, « Forclusion biennale: à quand la fin des querelles d'interprétation ? », *D.* 2003, p. 1905.

LEGEAIS D.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 18 septembre 2008, n° 07-15.473, Bull. civ. 2008, I, n° 207, « Crédit à la consommation. Portée du pouvoir du juge de soulever d'office une fin de non-recevoir », *RTD Com.*, 2009, p. 189.
- Note sous DC, 13 mars 2014, n° 2014-690, « La création du Registre national des crédits aux particuliers remise en cause par le Conseil constitutionnel », *RTD Com.* 2014, p. 163.

LIÈVREMONT C.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 25 janvier 2005, n° 02-12.072, Bull. civ. I, n° 52, p.42, « Manquement du vendeur à son obligation de délivrance », *JCP G* 28 décembre 2005, n° 52, II 10184.

LORIFERNE D.

Rapport n° 564, Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10.

LUTUN O.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 17 juillet 2001, n° 98-22.364, Bull. civ. 2001 I, n° 233, p. 146, « La protection du consommateur dans le droit des conflits de lois », *JCP E* 10 février 2002, n°2, 74.

MAINGUY D.

Note sous Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 17 février 2011, n° 7, p. 1136.

MARTIN R.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 22 avril 1997, n° 95-12.152, Bull. civ. 1997 I, n° 129, p. 85, *Scali c/ SCP Poulain*, « Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification », *D.* 1998, p. 272.

MARTINON A.

Note sous Soc., 2 mars 2010, n° 08-12.238, Inédit, « Négociation annuelle en matière d'intéressement : le juge ne se substitue pas aux parties », *JCP Soc.* 15 juin 2010, n° 24, p. 1247.

MATHEY N.

Note sous Cons. const., 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, « Constitutionnalité de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JCP CCC* mars 2011, n° 3, comm. 62.

MAYER L.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 19 février 2014, n° 12-23.519, Inédit, *Mme X c/ M. Y, D*, « L'office du juge en droit de la consommation : nouvelle imprécision », *Gaz. Pal.* 27 mai 2014 n° 147, p. 38.

MEISTER M.

- Note sous CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, « Nouvelles précisions sur l'office "communautaire" du juge national en matière de clauses abusives », *Europe*, janvier 2011, n° 1, comm. 28.
- Note sous CJUE, 21 mars 2013, aff. C-92/11, « Clauses abusives », *Europe* mai 2013, n° 5, comm. 227.

MESTRE J. et FAGES B.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 18 décembre 2002, n° 99-21.121, Bull. civ. I, n° 315, p.247, « Nullité relative : légère atténuation à l'impossibilité pour le juge de la soulever d'office », *RTD Civ.* 2003, p. 704.

MONACHON DUCHÊNE N.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 13 novembre 2008, n° 07-19.282, Bull. civ. 2008, I, n° 261 et Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 06-15.370, Bull. civ. 2009 I, n° 10, « Forclusion de l'action en paiement du prêteur et office du juge », *JCP G* 25 février 2009, n° 9, II, 10036.

MORACCHINI-ZEIDENBERG S.

- Note sous CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, « La CJUE, le relevé d'office et les droits de la défense », *JCP E* 18 avril 2013, n°16, p. 1226.
- Note sous CJUE, 1^{re} chambre, 14 mars 2013, aff. C-415/11, « Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles de la CJUE », *JCP E* 6 juin 2013, n° 23, 1331.

- Note sous CJUE, 3e ch., 27 février 2014, aff. C-470/12, *Pohotovost'*, « Clauses abusives : périmètre d'action des associations de consommateurs », *JCP E* 1^{er} mai 2014, n°18, 1229.

MOURRE A.

Note sous CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, « Protection des consommateurs. – Convention d'arbitrage. – Clause abusive.- Absence de réserves. – Annulation de la sentence.- Office du juge.- Ordre public communautaire.- Autonomie procédurale des Etats », *Journal du Droit International*, avril 2007, n° 2, p. 13.

NEAU-LEDUC P.

Note sous Cass, com., 23 novembre 1999, n° 96-21.869, Bull. 1999 IV, n° 210 p. 178, *Sté Michenon c/ Sté Art graphique imprimerie*, « Les contrats passés dans le cadre de relations professionnelles habituelles ne sont pas soumis aux règles du droit de la consommation », *JCP E* 16 mars 2000, n° 11, p. 463.

NORMAND J.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 16 avril 1991, n° 88-18.530, Bull. civ. 1991 I, n° 144, p. 95, « Le relevé d'office des moyens qui ne sont pas de pur droit. Obligation ou faculté ? », *RTD Civ.* 1992, p. 175.
- Note sous Cass, com. 18 février et 23 juin 1992, n° 90-16.428, Bull. civ. IV, n° 47 et 244, p. 34 et 170, « Le relevé d'office des moyens de droit. Obligation, faculté ou interdit ? Garantie des vices et obligation de délivrance conforme dans le contrat de vente », *RTD Civ.* 1993, p. 413.

PAISANT G.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 14 mai 1991, n° 89-20.999, Bull. civ. 1991 I, n° 153, p. 101, *Lorthioir contre Baucheron ou Minit France*, *JCP G* 27 novembre 1991, n° 48, II 21763.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 10 février 1998, n° 96-13.316, Bull. civ. 1998 I, n° 53, p. 34, *SA Saint-Louis Union Académie c/ Mme Bonjour*, « Contrat de scolarité : caractère de force majeure de la maladie et caractère abusif de la clause relative au paiement du prix », *JCP G* 22 juillet 1998, n° 30, II, 10124.

- Note sous CJCE, 3^e ch., 22 nov. 2001, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, *Cape Snc*, « Le consommateur protégé par la directive du 5 Avril 1993 sur les clauses abusives est une personne physique », *JCP G* 20 mars 2002, vol. II n° 12, 10047.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 5 mars 2002, n° 00-18.202, Bull. civ. 2002 I, n° 78, p. 60, *Commune de B / S. A.*, « Quel est le consommateur protégé contre les clauses abusives des contrats ? », *JCP G* 31 juillet 2002, n° 31, II 10123, p. 1459.
- Note sous CJCE, 5e ch., 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *SA Cofidis c/ Fredout*, « La réglementation française ne peut pas empêcher le juge de relever le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l'expiration du délai de forclusion », *JCP G* 21 mai 2003, n°21, II 10082.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 27 mai 2003, n° 01-10.635, Bull. civ. 2003 I, n° 131, p. 102, *Dame C... et autre c/ Caisse de mutuelle et de dépôt de Douai*, « Sur la portée de la déchéance du droit aux intérêts dans les prêts mobiliers et immobiliers à la consommation », *LPA* 8 décembre 2003, n° 244, p. 6.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 3 février 2011, n°08-14.402, Bull. civ. 2011, I, n° 23, « Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP G* 11 avril 2011, n° 15, 414.
- Note sous CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, « L'élargissement, par la CJUE, de la portée des actions collectives en suppression de clauses abusives », *JCP G* 9 juillet 2012, n° 28, 840.
- Note sous CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, « L'élargissement, par la CJUE, du pouvoir d'office du juge et le refus de la révision d'une clause déclarée abusive », *JCP G* n° 37, 10 septembre 2012, 975.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 23 janvier 2013, n° 10-21.177 et n° 10-22.815, Inédits, *UFC Que Choisir 38 contre Caisse de prévoyance Rhône-Alpes*, « Confirmations sur l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP G* 11 mars 2013, n° 11, p. 297.

PERROT R.

- Note sous Cass, soc., 30 octobre 2002, n° 00-45.572, Bull. civ. 2002 V, n° 332, p. 321, *Gay c/ Sté Cotra et autres*, « Pouvoir de qualification des actes (NCPC, art. 12) - Ses limites », *Procédures* février 2003, n° 2, comm. 38.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 25 novembre 2010, n° 09-69.124, Inédit, *F-D, Association Alliade c/ Kara*, « Assignation entachée d'un vice de procédure », *Revue Procédures* n° 2, février 2011, comm. 50.

PEYRO LLOPIS A.

Note sous « Tribunal Supremo » [Cour suprême espagnole], 9 mai 2013, n° 241/2013, 1^{re} Chambre civile, Dalloz, « Une première victoire des consommateurs face aux banques en Espagne : nullité des clauses abusives dans les prêts hypothécaires », *RTD Eur.* 2014, p. 232.

PIEDELIEVRE S.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 9 décembre 1997, *Mme Savoie c/ Banque Sovac immobilier* et Cass, 1^{re} civ. 17 mars 1998, *Epx Orioux c/ SARL Trabeco Ile-de-France*, « Crédit immobilier : Les limites de la faculté de renonciation aux dispositions protectrices du Code de la consommation », *JCP G* 16 septembre 1998, n° 38, II, p. 10148.
- Note CJUE, 21 février 2013, n° C-4723/11, *Banif Plus Bank Zrt*, « Clause abusive et principe du contradictoire », *Gaz. Pal. Chronique de jurisprudence de droit de la consommation*, 11 juillet 2013 n° 192, p. 23.

POISSONNIER G.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, « Office du juge en droit de la consommation : la Cour de cassation abandonne enfin la jurisprudence Grine », *LPA* 8 avril 2009 n° 70, p. 6.
- Note sous TI Saintes, 7 janvier 2009, *Gaz. Pal.* 30 mai 2009, n° 150, p. 6.
- Notes sous TI Nogent-sur-Marne, 7 décembre 2010, n° 11-10512, *Suzanne P. c/ société Finaref*, *LPA* 28 mars 2011, n° 61, p. 6.
- Note sous TI Nogent-sur-Marne, 15 octobre 2013, n° 11-13000654, *Sté Sogefinancement c/ M. K., Mme Norval-Grivet*, « La vérification par le prêteur de la solvabilité de l'emprunteur en crédit à la consommation : règle et preuve », *Gaz. Pal.* 5 décembre 2013 n° 339, p. 9.

POISSONNIER G. et TRICOIT J.-Ph.

- Note sous CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Max Rampion et Marie-Jeanne Godard, épouse Rampion contre Franfinance SA et K par K SAS*, « La CJCE consacre le relevé d'office en droit de la consommation », *Gaz. Pal.* 13 décembre 2007, n° 347, p. 11.
- Note sous CJCE, 1^{re} chambre, 26 octobre 2006, aff. C- 168/05, *Elisa María Mostaza Claro contre Centro Móvil Milenium SL.*, « La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation », *LPA* 20 septembre 2007 n° 189, p. 9.

RASCHEL L.

- Note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n ° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, « Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la consommation », *Procédures* mars 2009, n° 3, comm. 84.
- Note sous CJCE, 4^e ch., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, « Le juge national doit examiner d'office le caractère abusif d'une clause incluse dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel », *JCP E* 15 octobre 2009, n° 42, 1970.
- Note sous Cass, 2^e civ. 21 février 2013, n° 11-27.051, *Mme X c/ Commission de surendettement des particuliers*, « Le juge de l'exécution doit respecter la contradiction », *Gaz. Pal.* 25 mai 2013, n° 145, p. 32.

RAYMOND G.

- Note sous CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, « Clauses abusives et délai de forclusion », *JCP CCC* février 2003, n° 2, comm. 31.
- Note sous TI Vienne, 14 mars 2003, *Cofidis c/ F.*, Juris-Data n° 2003-212562, « Clauses abusives », *JCP CCC* juillet 2003, n° 7, comm. 118.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 27 mai 2003, n° 01-10.635, Bull. civ. 2003 I, n° 131, p. 102, *Dame C... et autre c/ Caisse de mutuelle et de dépôt de Douai*, « La déchéance du droit aux intérêts n'est jamais totale ! », *JCP CCC* novembre 2003, n° 11, comm. 169.
- Note sous TI Roubaix, 11 juin 2004, *SA CREATIS c/ M. Christian V.*, « Le juge a le pouvoir de soulever d'office le caractère abusif de la clause de défaut croisé contenue dans un contrat de crédit à la consommation », *JCP CCC* août 2004, n° 8, comm. 132.

- Note sous CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *R. c/ Franfinance*, « Saisine d'office du juge national », *JCP CCC* décembre 2007, n°12, comm. 310.
- note sous Cass, 1^{re} civ. 2 octobre 2007, n° 05-17.691, Bull. civ. 2007, I, n° 316, *F. c/ SCI Jausiers vacances*, « Démarchage à domicile et nullité relative d'un contrat », *JCP CCC* janvier 2008, n° 1, comm. 29.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 5 juin 2008, n° 07-11.483, Inédit, *F-D, Banque Française de l'Orient (BFO) c/ Mme M.*, « La déchéance du droit aux intérêts est limitée », *JCP CCC* août 2008, n° 8, comm. 217.
- Note sous CA, Paris, ch. 8, sect. A, 6 mars 2008, JurisData n° 2008-360396, *SA MCS et Associés Tariq*, « Faculté du juge de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation », *JCP CCC* octobre 2008, n° 10, comm. 249.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 18 sept. 2008, n° 07-15.473, Bull. civ. 2008, I, n° 207, *Mme M. c/ Finaref*, « Fin de non-recevoir tirée de la forclusion de l'article L. 311-37 du Code de la consommation : condition de la saisine d'office », *JCP CCC* décembre 2008, n° 12, comm. 280.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. civ. I, n° 9, *Crédit mutuel de Saint-Marcellin c/ Betton*, « Application du nouvel article L.141-4 du Code de la consommation », *JCP CCC* mars 2009, n° 3, comm. 88.
- Note sous Cass, 1^{re} civ. 14 mai 2009, n° 08-12.836, Bull. civ. 2009 I, n° 94, «Délai de forclusion et office du juge», *JCP CCC* juillet 2009, n° 7, comm. 206.
- CJUE, 17 décembre 2009, aff. C-227/08, *Eva Martin Martin c/ EDP Editores SL*, « Absence d'information sur le droit de rétractation : office du juge », *JCP CCC* juin 2010, n° 6, comm. 171.
- Note sous CJUE, 21 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, « Caractère abusif d'une clause contractuelle et office du juge », *JCP CCC* juin 2013, n°6, comm. 142.

RAYNARD J.

Obs. CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo*, « Droit européen des contrats : le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat », *RTD Civ.* 2000, p. 939.

RONDEY C.

Note sous Cass, 1^{re} civ. 1^{er} février 2005, n° 03-16.905, Bull. civ. 2005 I, n° 62, p. 55, « L'action des associations de consommateurs en matière de clauses abusives », *D.* 2005, p. 487.

ROY-LOUSTAUNAU C.

Note sous Cass. soc., 30 octobre 2002, n° 00-45.572, Bull. civ. 2002 V, n° 332, p. 321, *Gay c/ Sté Cotra et autres*, « Contrat de travail à durée déterminée : requalification-sanction et qualification », *Droit social* 2003, p. 465.

THERY Ph.

Note sous Ass. Plén. 22 avril 2011, n° 09-16.008, Bull. 2011, Ass. plén., n° 4, « A propos des moyens de défense : faut-il admettre l'influence de la volonté individuelle sur les qualifications ? », *RTD Civ.* 2011, p. 795.

TRICOIT J.-Ph.

Note sous TI Roubaix, 15 avril 2004, *Gaz. Pal.*, 24 août 2004 n° 237, p. 10.

VI. RAPPORTS & PROJETS DE LOIS

BÉTEILLE L. et YUNG R.

Rapport d'information sur « l'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs », n° 499 (2009-2010), au nom de la commission des lois, déposé au Sénat le 26 mai 2010.

BIQUET-MATHIEU C.

Rapport de droit belge sur « les contrats du consommateur », texte provisoire arrêté au 10 juillet 2007, rendu aux journées colombiennes Bogota-Carthagène du 24 au 28 septembre 2007 organisées par l'association Henry CAPITANT.

BRETON T.

Projet de loi « en faveur des consommateurs », n° 3430 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 novembre 2006, présenté au nom de D. DE VILLEPIN, Premier ministre.

BRICK N.

Proposition de loi sur « le recours collectif », n° 322, 2005-2006, enregistré à la Présidence du Sénat le 25 avril 2006.

CERUTTI G. et GUILLAUME M.

Rapport sur « l'action de groupe » rendu par le groupe de travail le 16 décembre au Ministre de l'économie des Finances et de l'Industrie T. BRETON et au Ministre de la justice et Garde des Sceaux P. CLEMENT.

CHATEL L.-M.

- Rapport du 9 juillet 2003, « De la conso-méfiance à la conso-confiance ».
- Rapport « tendant à redonner confiance au consommateur » n° 1271 du 3 décembre 2003.
- Proposition de loi « visant à instaurer le recours collectif des consommateurs » n° 3055 du 26 avril 2006.
- Rapport d'information « Sur la mise en application de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », n° 3077 déposé par la Commission des affaires économiques de l'environnement et du territoire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 mai 2006.

CORNU G.

Projet de loi pour « le développement de la concurrence au service des consommateurs », n°111 (2007-2008) de la commission des affaires économiques, déposé devant le Sénat le 5 décembre 2007.

COULON Jean-Marie

Rapport du groupe de travail sur « La dépenalisation du droit des affaires », remis au garde des sceaux, ministre de la justice, *La documentation française*, janvier 2008, p. 89-97.

DESALLANGRE J.

Proposition de loi n° 3775 de « tendant à créer une action de groupe », déposée à l'Assemblée nationale le 13 mars 2007.

FAUCONNIER A.

Projet de loi « renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs », n° 175 (2011-2012) au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, déposé le 7 décembre 2011.

HYEST J.-J.

Rapport d'information sur les « class actions », au nom de la commission des lois du Sénat n° 249 (2005-2006) du 14 mars 2006.

LAGARDE X.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Avant-propos « Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation ».

LORIFERNE D.

Rapport sous Ass. plén. 21 décembre 2007 n° 06-11.343, Bull. Ass. plén. 2007, n° 10, *Dauvin*, n°564.

RICHARD M.-S.

Rapport annuel du conseiller référendaire à la Cour de cassation *Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit*, , 2004.

VIGNEAU V.

Rapport du comité de suivi de « l'application des dispositions relatives au surendettement de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 », sous la dir. de G. CANIVET remis à J.-L. BORLOO, ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, à P. CLÉMENT, Garde des sceaux, ministre de la justice et à C. VAUTRIN, ministre déléguée à la cohésion sociale et à la parité, le 30 novembre 2005.

VII. COMMUNIQUÉS, COLLOQUES, CONFÉRENCES

ACCOMANDO G., BOSSU B., BOUNIOL R., CASTELAIN S., LOMBARD F., MAINGUY D., MOURALIS D., OSMAN F., PETIT F., RESPAUD J.-L. et ROCHELEMAGNE F.

Droit et loyauté, colloque du 10 octobre 2014 à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

ALBIGÈS C. et RAMAHANDRIARIVELO S.

Droit de la consommation, enfin du nouveau ?, cycle de conférences tenues à Montpellier, avril-novembre 2011.

BRUGUIÈRE J.-M.

Contrat du commerce électronique, séminaire du 28 avril 2010 tenu à l'Université d'Avignon.

DELEVOYE J.-P.

Le malendettement, nouvelle urgence sociale ?, conférence de presse du Médiateur de la République, 14 décembre 2006

HAMON B.

40 ans du droit de la consommation, discours tenu par B. HAMON, Ministre de l'Economie Sociale et Solidaire et de la Consommation, à l'occasion du colloque tenu le 28 septembre 2012 à l'Université de droit et de science politique de Montpellier, sous la direction de D. MAINGUY et M. DEPINCE.

MAZEAUD D.

Les réformes du droit des contrats, Colloque du mardi 17 décembre 2013 à l'Université de Montpellier.

PONCELET C.

L'office du juge, Les colloques du Sénat présidé par C. PONCELET, au palais du Luxembourg, les 29 et 30 septembre 2006.

ROLLAND L.

Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ...en trois petits bonds, à reculons, Communication au XI^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Les principes généraux de droit, à Tunis, en novembre 2005 (colloque non publié).

TOADER C., représentée par K. KOURI

Équilibre entre marché et protection du consommateur dans la jurisprudence communautaire, Colloque « La Commission des clauses abusives en action : 30^e anniversaire », de 2009.

I. OUVRAGES NON JURIDIQUES

CARRÈRE E.

D'autres vies que la mienne, POL, 2009.

CHARTIER C.

Etienne Rigal, juge des plus faibles, L'Express, 19 mars 2009.

DEVEDJIAN P.

Les temps des juges, Essai, Flammarion, 1996.

LIORET P.

Film passion, *Toutes nos envies*, adaptation cinématographique du roman d'Emanuel CARRÈRE, « Toutes nos envies », Mars Distribution, 2010.

MONTESQUIEU C.-L.

De l'esprit des lois, in, Œuvres complètes de Montesquieu, Tome I, Paris, Lefèvre, 1839.

II. SITES INTERNET

<http://www.alain-bazot.fr>

(blog du Président de l'UFC Que Choisir)

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<http://www.banque-france.fr>

<http://www.cnrtl.fr>

<http://www.conseil-etat.fr>

<http://www.conso.net>

<http://www.courdecassation.fr>

<http://curia.europa.eu>

<http://www.dictionnaire-juridique.com>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.economie.gouv.fr>

<http://www.gazettedupalais.com>

<http://www.ihej.org>

<http://www.jurilexblog.com>

<http://pwww.legifrance.gouv.fr>

<http://www.lesechos.fr>

<http://www.maitre-eolas.fr>

<http://www.senat.fr>

<http://www.zdnet.fr>

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes

A

« **Accea** » (arrêt), 501

Action de groupe, 708 s., 728

Amende administrative, 691 ., 725

Amiable composition, 140 s.

Arbitraire, v. **juge**

Arbitrage, v. **modes alternatifs de règlement des litiges**

Association de consommateurs,

- pouvoir d'action, 700 s.

« **Asturcom** » (arrêt), 568 s.

Autonomie de la volonté,

- essor, 1

- affaiblissement, 3, 735

Autonomie procédurale

- notion, 382

- limites, 383 s., 412, 709, 729, 734

• Principes d'équivalence, 384

• Principes d'effectivité, 384 s.
386, 427, 488, 564, 571, 614,
629, 640, 684

B

« **Banco Español** » (arrêt), 652, 657

« **Banif Plus Bank** » (arrêt), 621 s.,
636

« **Belaïd** » (arrêt), 218

« **Berger des Causses** » (arrêt), 319

« **Bertoncini** » (arrêt), 194

« **Betton** » (arrêt), 490 s.

« **Bisbal** » (arrêt), 186 s.

C

« **CACB** » (arrêt), 193

« **Cetelem** » (arrêt), 502

« **Chatel** » (loi), 438 s., 547

« **Césaréo** » (arrêt), 146 s.

« **Cetelem** » (arrêt), 502

« **Claro** » (arrêt), 403 s.

Clause abusive,

- définition, 13 s.,

• abus de puissance économique,
229,

• appréciation circonstanciée,
589 s., 594

• avantage excessif, 227,

• déséquilibre significatif, 590,
597

• liste, 232, 266, 566, 583 s.,
606 s.

- clause illicite,

- qualification judiciaire, 584

- qualification réglementaire, 240 s.,
582, 605

- réglementation, 226 s., 232 s.,
256 s., 268 s., 288

- sanction,
 - nullité, 15, 618 s., 649, 665 s., 670, 696 s., 701 s.
 - révision (non), 652
 - substitution (oui), 656
 - amende administrative, 694

Clause illicite, 588

Clause standardisée, 599

« **Cofidis** » (arrêt CJCE), 395 s., 592

« **Cofidis** » (arrêt 1^{re} Civ.), 537

Commission des clauses abusives,
234 s., 253, 587

Comparution, 326 s., 477,

Consommateur,

- définition, 8 s.
- faiblesse, 12, 271, 333, 452, 543, 651

Contrat,

- d'adhésion, 12
- crédit à la consommation, 16 s., 736

« **Coveco** », (arrêt), 204

Crédit renouvelable/permanent,

« **CRESERFI** » (arrêt), 249

D

« **Dauvin** » (arrêt), 169 s., 512 s.,
576 s.

Déchéance du droit aux intérêts,

- définition, 21,
- peine « privée », 309, 432, 495 s., 505.
- prétentions des parties, 314, s. 434, 498 s.

- taux d'intérêt légal/conventionnel,
677 s.

**Défaut de comparution, v.
comparution**

Délai de forclusion,

- définition, 279,
- opposabilité, 398
- point départ, 283, 419 s.

Délai de prescription, 278

Déni de justice, 479

DGCCRF, 688 s.

- pouvoir d'enquête, 689
- pouvoir de sanction, 690 s.

Directive,

- définition, 347
- harmonisation, 376 s.
- « interprétation conforme », 363 s.
- invocabilité, 352 s.
- transposition, 348 s., 354 s.

Droit de la concurrence, 439,
480, 561, 729, 734, 737

Droit de la consommation,

- définition, 5, 737
- Code de la consommation, 6, 447, 480, 508, 733, 743
- procédure civile, 730, 740 s.
- sanctions, 22, 289 s 341.

Droit du travail, 320, 459, 742

« **Duarte Hueros** » (arrêt), 623

E

Effectivité, v. autonomie procédurale

Effet direct,

- définition, 356
- directive, 357 s.

Effet utile, 359 s., 437, 549 , 604

« Erika Jörös » (arrêt), 625, 647

« Eva Martín » (arrêt), 609, 638 s.

F

Faits adventices, 122 s., 190, 202, 546

« Fesih Kalhan » (arrêt), 680

Fins de non-recevoir, 41, 90 s., 517

« Finaref I » (arrêt), 532

« Finaref II » (arrêt), 534

**Fondement juridique, 131, 136 s.,
145, 151, 172, 627**

Forclusion, v. délai de forclusion

« Forum Shopping », 468

« Freiburger » (arrêt), 593

G

**« Grine » (arrêt), v. théorie des
nullités**

H

**« Hannover International » (arrêt),
216**

« Hamon » (loi), 662 s., 724

« Hom Salon » (arrêt), 243

**« Hotesses de l'air de Tunon »
(arrêt), 245**

I

« Ignacio » (arrêt), 598

Injonction de payer, 450

Insécurité juridique, 466 s., 581, 673

**« Interprétation conforme », v.
directive**

« Invitel » (arrêt), 649 s.

J

« Jana Pereničová » (arrêt), 644

« Jouandea » (arrêt), 195

Juge,

- arbitraire, 467, 511, 523
- définition, 35, 739
- « juge-arbitre », 33 s
- le juge « conciliateur », 27
- le « Juge de Vienne », 272 s.

Justice, 731

K

« Kasler » (arrêt), 656

« Kodak » (arrêt), 244

L

« Lagarde » (loi), 515 s.

Liberté contractuelle, 2

« Lisbonne » (Traité), 7

« Lizing » (arrêt), 611

« Lorthioir », (arrêt), 246

M

« Médiatis » (arrêt), 539

Mode alternatif de règlement des litiges, 25 s.

Arbitrage, 29 s.

- « juge-conciliateur », 27 s.

« **Mohamed Aziz** » (arrêt), 596

« **Mostaza Claro** » (arrêt), 403

Moyen de droit, 58 s.

- moyen dans la « cause » ou le « débat », 95 s., 535, 545
- moyen de pur droit, 52 s., 73, 316
- moyen mélangé en fait et en droit, 65
- moyen « produit »/ « invoqué », 97

Moyen de fait, 57, 115, 545

« **Mutuelle du Mans** » (arrêt), 211

« **MURCEF** » (loi), 401 s., 497, 529

N

Nullité relative, v. **théorie des nullités**

« **Nul ne plaide par procureur** », 311

O

Objet du litige, 498

- définition, 108
- immutabilité, 109 s., 182, 336, 548, 609, 619
- infra/ultra petita, 110, 628

« **Océano Grupo** » (arrêt), 389 s., 601

Office, v. **juge**

Op-in/Opt-out, 718

Ordre public

- définition, 43
- moyen d'ordre public, 508, 519
- sous-distinction, 481

- **Ordre public de protection**, 304, 321 s., 339, 345

- **Ordre public de direction**, 302, 306

- **Ordre public économique**, 301

P

Pannon (arrêt), 553 s., 660

Peine « privée », v. **déchéance du droit aux intérêts**

« **Petchot-Baque** » (arrêt), 63

« **Pigier** » (arrêt), 252

Prescription, v. **délai de prescription**

Prêt à « taux zéro », 504

Prétentions des parties

- définition, 138
- indisponibilité, 181, 313, 499

Principes d'équivalence et

d'effectivité, v. **autonomie**

procédurale

Procédure civile,

- allégation des faits, 113 s., 608, 671
- demandes reconventionnelle, 281 s.
- explications de faits, 118, 538
- mesures d'instruction, 119 s., 544, 610 s.
- preuve, 116, 531
 - **théorie du fait constant**, 117
- principe accusatoire, 29, 48, 107 s.
- principes directeurs, 48 s., 78 s., 128, 224
- principes dispositifs, 107, 517, 528 s., 540

- principe du contradictoire, 60, 79 s., 222, 522 s., 542, 635 s., 669, 719
 - contradictoire *a posteriori*, 87
 - exceptions, 61 s., 93 s., 106,
 - faits adventices, 99
 - présomption simple, 83 s.
- procédure orale, 525
- qualification, 137, 144 s., 533
- requalification, 104, 134, 150 s.
 - faits litigieux, 153 s.
 - actes litigieux, 155, 318
 - fondement juridique, 741

Procédure d'arbitrage, v. modes alternatifs de règlement des litiges

Procédure de conciliation, 26

Procédure de médiation, 26

Procédure participative, 25

Procès équitable, 178, 482 s., 526, 738

Professionnel, 11

Q

Question préjudicielle, 370 s.

R

« Rampion » (arrêt), 424 s.

« Rebouh-Schule » (arrêts), 199 s.

Règle de conflit de lois,

- notion, 183
- élément d'extranéité, 188
- faits adventices, 190
- droits disponibles/indisponibles, 203, 209, 217, 305
- ordre public, 187

- principe d'équivalence, 212

Relevé d'office,

- définition, 37
- principe du contradictoire, 66 s., 85 s., 472

Renonciation, 317, 630 s., 672

S

« Scrivener » (lois), 6

« SEMCODA » (arrêt), 291

« Société Menegatti » (arrêt), 206

« Sofinco » (arrêt), 678

Surendettement, 18, 727

- traitement du surendettement, 19

T

Taux d'intérêt, v. déchéance du droit aux intérêts

Théorie des nullités, 296, 310, 319, 414, 536, 633

- « Grine » (arrêt), 299 s., 315, 338, 510
- Chambre sociale, 318 s.
- Fragilité de la théorie, 332 s.
- Abandon de la notion, 335, 407, 429, 456, 494
- Théorie « moderne » des nullités, 333 s.

Théorie de l'interprétation conforme, v. directive

« Theret » (arrêt), 677

U

« **Ufith** » (arrêt), 247

V

« **Van Duyn** » (arrêt), 361

« **Vertrieb** » (arrêt), 603

« **Von Colson** » (arrêt), 364

TABLES DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	5
SOMMAIRE.....	9
INTRODUCTION.....	10
<i>1. Une autonomie de la volonté en progression. – 3. Le Code civil, un outil insuffisant. – (4. La « crise du contrat ».</i>	
I. Le droit de la consommation.....	14
<i>5. Définition.</i>	
A. La composition du droit de la consommation.....	14
1° Les outils du droit de la consommation.....	15
a) Le Code de la consommation.....	15
<i>6. Deux lois « Scrivener ».</i>	
b) Le droit européen de la consommation.....	16
2° Les sujets du droit de la consommation.....	17
a) Le « consommateur ».....	17
b) Le « professionnel ».....	19
<i>11. Définition a contrario.</i>	
B. La « cause » du droit de la consommation.....	21
a) Les clauses abusives.....	21
<i>13. Définition. – 15. Sanction.</i>	
b) Le crédit à la consommation.....	23
α) Le risque du crédit à la consommation.....	23
<i>17. Définition. – 18. Le surendettement. – 19. Le traitement du surendettement.)</i>	
β) Le risque du crédit à la consommation irrégulier.....	25
<i>21. Sanction de l'irrégularité.</i>	
II. L'office du juge en droit de la consommation.....	27
A. Le règlement des litiges extra-judiciaire.....	28
1° De l'office du juge et des MARCs.....	29
a) Deux procédures alternatives.....	29
b) Le juge « conciliateur ».....	31
<i>27. Article 21 du CPC. – 28. Article 127 du CPC.</i>	

2° De l'office du juge et de l'arbitrage.....	32
a) « L'office » de l'arbitre.....	32
b) Une frontière tenue.....	33
α) Double fragilité de la frontière entre juge et arbitre.....	33
30. Une fragilité « exégétique ». – 31. Une fragilité « procédurale ».	
β) Le « juge-arbitre ».....	35
B. Le mode judiciaire de règlement des litiges.....	37
1° La définition de l'office du juge.....	37
a) Le juge.....	37
b) L'office.....	37
36. Définition.	
2° La notion du relevé d'office.....	38
a) Définition de la notion.....	38
b) Réglementation de la notion.....	39
40. Bref aperçu de l'article 120 du CPC. – 41. Bref aperçu de l'article 125 du CPC. – 43. La notion d'« ordre public ». – 45. Problématique. – 47. Plan.	
 PARTIE 1 – LE RELEVÉ D'OFFICE DU JUGE CONTROVERSÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION.....	 44
 TITRE 1 – CONTROVERSE DU RELEVÉ D'OFFICE D'ORIGINE LÉGISLATIVE.....	 45
 CHAPITRE 1 – LA RÉGLEMENTATION DU RELEVÉ D'OFFICE PAR LES PRINCIPES DIRECTEURS.....	 46
 SECTION 1 – RELEVÉ D'OFFICE ET INSTABILITÉ DES PRINCIPES DIRECTEURS.....	 47
§ 1. Un nouvel alinéa 3 à l'article 12 du « Nouveau Code de procédure civile ».....	47
I. La création de l'article 12, alinéa 3.....	48
A. Rétrospective législative.....	48
49. Un Code « Napoléonien » réformé.	

B. Le décret du 5 décembre 1975.....	49
50. <i>Le « Nouveau » code.</i> – 51. <i>Le « nouveau » pouvoir du juge.</i>	
II. La réception controversée de l'article 12, alinéa 3.....	50
A. La controverse doctrinale portant sur le nouvel alinéa 3.....	50
1° La controverse doctrinale tenant à l'intensité du relevé d'office	51
53. <i>« Il peut relever d'office [...] ».</i> – 54. <i>La pensée « CORNÉENNE ».</i> – 55. <i>La pensée « MOTULSKIENNE ».</i>	
2° La controverse doctrinale tenant au champ d'application du nouvel alinéa 3.....	53
57. <i>Les « moyens ».</i> – 58. <i>Les moyens « de droits ».</i> – 59. <i>Une définition insuffisante.</i>	
3° La controverse doctrinale tenant au respect du principe du contradictoire	55
60. <i>Le principe du contradictoire.</i> – 61. <i>Le relevé d'office d'exception au principe du contradictoire.</i> – 62. <i>Une exception relative.</i>	
B. Une réception jurisprudentielle du nouvel alinéa partagée.....	57
1° Difficulté jurisprudentielle tenant au terme « pur ».....	57
63. <i>L'arrêt « PETCHOT-BAQUE ».</i> – 65. <i>Les moyens mêlés en fait et en droit.)</i>	
2° Difficulté jurisprudentielle tenant au respect de la contradiction.....	60
66. <i>Un juge soumis au principe.</i> – 67. <i>Un juge dispensé du principe.</i> – 68. <i>Articles 12 et 16 du CPC.</i> – 69. <i>Des « explications recueillies contradictoirement ».</i>	
§ 2. La disparition partielle du nouvel alinéa 3 de l'article 12 du « Nouveau Code de procédure civile ».....	63
I. L'intervention en suppression du Conseil d'Etat.....	63
A. La demande en annulation.....	63
B. La réponse du Conseil d'Etat.....	64
70. <i>Combinaison dangereuse.</i> – 71. <i>L'exemple de l'article 1015.</i>	
II. La persistance de l'alinéa 3.....	66
A. La persistance de l'alinéa 3 à travers la jurisprudence.....	66
1° L'alinéa 3 au regard de la contradiction.....	66
72. <i>Un principe acquis.</i>	

2° L'alinéa 3 au regard du critère de « pur droit ».....	67
74.Le relevé d'office du moyen de « pur droit ». – 75.Le relevé d'office d'un moyen d'ordre public.	
B. La persistance de l'alinéa 3 à travers les textes.....	69
77.Le relevé d'office issu de l'article 16 CPC.	
 SECTION 2. – LIMITES INVARIABLES AU RELEVÉ D'OFFICE ET PRINCIPES DIRECTEURS.....	71
 § 1. Le juge lié par le principe du contradictoire.....	72
I. Le principe du contradictoire depuis 1981.....	72
80.Audiat et altera pars.	
A. Un respect du principe par les parties.....	72
1° La procédure contradictoire.....	73
81.Article 16, alinéa 1 ^{er} du CPC. – 82.Article 16, alinéa 2° du CPC.	
2° La présomption du contradictoire.....	74
83.La présomption simple. – 84.La présomption de la procédure orale.	
B. Un respect du principe par le juge.....	75
1° Le contradictoire imposé à l'office du juge.....	75
85.Article 16, alinéa 1 ^{er} du CPC. – 86.Article 16, alinéa 2 du CPC. – 87.Article 17 du CPC, le contradictoire a posteriori. – 88.Article 444 du CPC.	
2° Le contradictoire imposé au relevé d'office du juge.....	77
a) Les moyens de droit et l'article 16, alinéa 3.....	77
89.Article 1015 du CPC.	
b) les moyens de procédure et l'article 16, alinéa 3.....	78
90.Article 120 du CPC. – 91.Article 125 du CPC. – 92.L'alinéa 3 ou « la boîte de Pandore ».	
II. Exception au principe du contradictoire.....	79
A. L'exception du principe aux moyens relevés par les parties.....	80
1° Le critère du moyen « dans la cause ou le débat ».....	80
94.Article 16, alinéa 3 du CPC. – 95.L'exception du « vieux » moyen.	
2° Le critère du moyen « invoqué ».....	82
97.Le moyen « produit » est débattu. – 98.Le contradictoire par « procuration ». – 99.L'article 7, alinéa 2 du CPC. – 101.Critiques doctrinales vaines.	

B. L'exception du principe aux moyens relevés d'office par le juge	85
1° Une exception issue de l'interprétation des textes.....	85
a) Le critère de la nature du moyen.....	85
α) La lecture du texte.....	85
102.La brèche du moyen « de droit » « relevé d'office ».	
β) L'état de la jurisprudence.....	86
b) Le critère du « relevé d'office ».....	87
α) L'exception tirée de l'article 12, alinéa 1 ^{er}	87
103.Le fondement juridique d'exception au contradictoire.	
β) L'exception tirée de l'article 12, alinéa 2.....	88
104.Le critère de la requalification.	
2° Une exception issue de cas particuliers.....	89
a) La violation des droits de la défense.....	90
105.L'exception de la violation des droits de la défense.	
b) Les pouvoirs spéciaux du juge.....	90
106.L'exception « spéciale ».	
§ 2. Le juge lié par le principe dispositif.....	92
107.Le partage des tâches de MOTULSKY.	
I. Le juge lié par l'immutabilité de l'objet du litige.....	93
A. Les parties et l'objet du litige.....	93
108.Définition. – 109.L'immutabilité de l'objet du litige.	
B. Le juge et l'objet du litige.....	94
1° L'article 5 du CPC.....	94
2° La sévérité unanime des chambres de la Cour.....	95
a) La sévérité de la chambre commerciale.....	95
111.Illustrations de la chambre commerciale.	
b) La sévérité des chambres civiles.....	96
112.Illustrations des chambres civiles.	
II. La charge « partagée » de l'allégation des faits.....	97
A. Le principe de l'allégation des faits par les parties.....	97
1° Le principe : « <i>da mihi factum</i> »	98
113.La condition de l'allégation des faits. – 114.La « paralysie » de l'article 7 alinéa 1 ^{er} .	
2° Le principe « <i>da mihi probatio</i> ».....	99

a) « La preuve des faits est l’apanage des parties [...] »...99	
116.Article 9 du CPC.	
b) La théorie du fait constant..... 100	
117.« Ce qui n’est pas contesté doit être accepté par le juge pour vrai ».	
B. Une atténuation au principe de l’allégation des faits par les parties..... 101	
1° Des aménagements pour une intervention judiciaire..... 101	
a) La demande d’explications..... 102	
118.Article 8 CPC.	
b) Les mesures d’instruction..... 103	
α) Article 10 du C.P.C. 103	
β) L’article 11 du Code de procédure civile..... 103	
2° L’exception des faits adventices au juge 105	
a) Définition « Motulskienne » 105	
122.Les faits adventices de l’article 7 CPC. – 123.Les faits adventices et « la cause ».	
b) Les faits adventices dans la jurisprudence..... 106	
124.Les faits adventices et l’office du juge. – 125.Les faits adventices et la règle de conflit de loi. – 126.Les faits adventices et l’article 12 alinéa 1er CPC.	
CONCLUSION DE CHAPITRE..... 109	
CHAPITRE 2 – LA CONTROVERSE DU RELEVÉ D’OFFICE AU SEIN DES PRINCIPES DIRECTEURS..... 110	
SECTION 1 – LA CONTROVERSE DE L’OFFICE DU JUGE QUANT À L’APPLICATION DE LA RÈGLE DE DROIT..... 111	
130.Le juge et la règle de droit. – 132.Problématique terminologique. – 133.Une rupture des cloisons. – 134.Relevé d’office et requalification. – 135.Fondement juridique et faits et actes litigieux. – 136.Fondement juridique et objet du litige.	
§1. La qualification juridique, une opération partagée..... 114	
I. L’opération de la qualification par les parties..... 114	
A. La proposition des parties..... 115	
138.Les « prétentions » des parties.	

B. La maîtrise de l'office du juge par les parties.....	115
1° L'indisponibilité du fondement juridique.....	116
2° Le mécanisme de l'amiable composition.....	116
140. <i>Le litige tranché en équité.</i> – 141. <i>L'article 12, alinéa 2 CPC.</i> – 142. <i>Le droit et l'équité.</i>	
II. L'opération de la qualification par le juge.....	118
143. <i>Le « double emploi » de l'article 12, alinéa 2.</i>	
A. Le silence des parties.....	118
1° L'obligation de la qualification.....	118
145. <i>Le fondement juridique manquant.</i>	
2° Une obligation obsolète.....	120
146. <i>L'arrêt « Césaréo ».</i> – 147. <i>La portée de l'arrêt « Césaréo ».</i> – 148. <i>Autorité de chose jugée, excessive.</i> – 149. <i>L'arrêt « Césaréo » et les conseils.</i>	
B. L'« erreur » des parties.....	123
150. <i>L'obligation de la requalification.</i> – 151. <i>Fondement juridique inefficace.</i>	
1° Requalification du fondement juridique.....	124
152. <i>Les exigences de la Cour.</i>	
2° La requalification des faits litigieux.....	124
154. <i>Illustrations.</i>	
3° La requalification des actes litigieux.....	125
156. <i>Illustration.</i>	
4° Requalification de la dénomination juridique de la prétention.....	126
157. <i>Article 12, alinéa 2 CPC.</i> – 158. <i>Un article 12, alinéa 2 superflu ?</i> – 159. <i>Obligation ou faculté ?</i>	
§2. La qualification juridique, une opération judiciaire mesurée.....	128
160. <i>La question de l'intensité du relevé d'office du juge.</i>	
I. L'hésitation jurisprudentielle de la faculté du relevé d'office.....	130
A. Une jurisprudence en faveur de la faculté du relevé d'office.....	130
161. <i>Une obligation exclue du paysage jurisprudentiel.</i> – 162. <i>Le « flottement » de la 4e chambre.</i>	
B. Une atténuation ciblée de la jurisprudence constante.....	131
163. <i>L'obligation de la première chambre.</i> – 164. <i>Le « bon » fondement juridique.</i> – 165. <i>L'arrêt du 16 avril 1991.</i> – 166. <i>L'arrêt du 12 juillet 2001.</i> – 167. <i>La condition de la requalification.</i> – 168. <i>Le moyen de pur droit et l'obligation.</i>	

II. La confirmation jurisprudentielle du principe de la faculté du relevé d'office	136
A. Le principe jurisprudentiel de la faculté issue de l'arrêt « Dauvin »	136
1° La solution « Dauvin »	136
<i>169.Faits et procédure. – 170.Solution. – 171.Une précision inutile.</i>	
2° La portée de la solution « Dauvin »	137
<i>172.Le fondement juridique et les faits litigieux.</i>	
B. La réception de la solution « Dauvin »	138
1° La confirmation jurisprudentielle de la solution « Dauvin »	138
<i>173.Une faculté unanime. – 174.Qualifications interdépendantes : la faculté.</i>	
<i>– 175.Qualifications interdépendantes : l'obligation.</i>	
2° La réception doctrinale mitigée de la solution « Dauvin »	140
a) Une solution critiquée	141
<i>176.Au regard de l'article 12, alinéa 1er du CPC. – 177.Au regard de la confusion des notions. – 178.Au regard de l'égalité des armes.</i>	
b) Une solution bienveillante à l'égard du juge ?	143
<i>179.Un allègement supplémentaire à la faveur du pouvoir judiciaire.</i>	
<i>– 180.Le protocole de procédure. – 181.Attention, les prétentions sont indisponibles.</i>	
 SECTION 2 – LA CONTROVERSE DE L'OFFICE DU JUGE QUANT À L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS	147
<i>183.La règle de conflit de lois. – 184.Illustrations. – 185.Portée de la notion de la règle de conflit de lois.</i>	
§1. Controverse jurisprudentielle quant à l'application de la règle de conflit de lois	149
I. La jurisprudence « Bisbal »	150
A. La solution « Bisbal »	150
B. La portée de la solution « Bisbal »	151
<i>187.Règle de conflit de lois et ordre public.</i>	
1° Le relevé d'office des faits ou actes dans le débat	151
<i>188.L'élément d'extranéité dans le débat.</i>	
2° Le relevé d'office de la notion d'ordre public	152
<i>189.L'obligation du relevé d'office.</i>	
II. Le double affaiblissement de la solution « Bisbal »	152

A. Un affaiblissement législatif de la jurisprudence « Bisbal ».....	153
1° L'article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile.....	153
a) Le rappel des faits adventices.....	153
<i>190.Règle de conflit de lois et faits adventices.</i>	
b) La portée de l'article 7, alinéa 2 du Code de procédure civile au regard de l'arrêt « Bisbal ».....	154
<i>191.Les « lacunes » de l'arrêt « Bisbal ».</i>	
2° Article 12, alinéa 1 ^{er} du Code de procédure civile.....	155
<i>192.L'incohérence de la jurisprudence.</i>	
B. Un affaiblissement jurisprudentiel de la solution « Bisbal ».....	156
1° La remise en cause de l'exigence de la demande des parties....	156
<i>193.Arrêt « CACB ». – 194.Arrêt « Bertoncini ». – 195.Arrêt « Jouandeau ».</i>	
<i>– 196.Arrêt « Léonard B. ».</i>	
2° Les conventions internationales et l'office du juge.....	159
<i>197.Arrêt « Société Leeds and Bradford ». – 198.La solution de la Cour.</i>	
§2. Solution jurisprudentielle quant à l'application de la règle de conflit de lois.....	160
I. La jurisprudence « Rebouh-Schule ».....	161
A. Les arrêts d'octobre 1988.....	161
1° L'arrêt du 11 octobre.....	161
2° L'arrêt du 18 octobre	162
<i>201.Des solutions au visa de l'article 12 CPC. – 203.Les droits indisponibles.</i>	
B. La fragilité de la jurisprudence « Rebouh-Schule ».....	164
1° L'arrêt « Coveco ».....	164
<i>205.Le mode d'emploi de la Cour.</i>	
2° La confirmation de l'arrêt « Coveco ».....	165
<i>206.L'arrêt « Société Menegatti ». – 207.L'arrêt « Sarkis ». – 208.L'arrêt « Maklhoul ».</i>	
II. Le revirement de jurisprudence de 1995.....	167
A. La teneur de l'arrêt de revirement de 1995.....	167
1° Exposé de la solution de la Cour.....	167
<i>209.Relevé d'office et indisponibilité des droits.</i>	
2° Analyse de la solution.....	168
<i>210.Une « compilation » de solutions jurisprudentielles.</i>	
B. La portée de l'arrêt, « fil conducteur ».....	169

1° La libre disponibilité des droits des parties et le relevé d'office du juge.....	169
a) Le principe de la faculté du relevé d'office du juge.....	169
211.Arrêt « Mutuelle du Mans. – 212.L'équivalence des lois en conflits.	
b) L'exception du relevé d'office obligatoire.....	171
213.L'invocation de la règle par les parties. – 214.Les conditions de l'invocation de la règle. – 215.Article 12, alinéa 3 du C.P.C. – 216.Arrêt « Hannover International ».	
2° L'indisponibilité des droits des parties, et l'obligation du relevé d'office du juge.....	173
217.Indisponibilité implicite. – 218.Arrêt « Belaïd ».	
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	177
CONCLUSION DE TITRE.....	178
 TITRE 2 – CONTROVERSE DU RELEVÉ D'OFFICE DE NATURE JURISPRUDENTIELLE.....	 180
 CHAPITRE 1 – CONTROVERSE NÉE D'UNE RÉGLEMENTATION HASARDEUSE DES CLAUSES ABUSIVES EN DROIT INTERNE.....	 182
 SECTION 1 – CARENCE LÉGISLATIVE EN MATIÈRE DE RÉGLEMENTATION DES CLAUSES ABUSIVES.....	 184
§ 1. L'insuffisance réglementaire de la loi de 1978.....	184
I. La détermination réglementaire des clauses abusives.....	184
A. Les critères de détermination de la clause abusive.....	184
226.Article 35, alinéa 1er.	
1° Le critère de « l'avantage excessif ».....	185
227.Définition. – 228.La jurisprudence du Conseil d'Etat.	
2° Le critère de l'« abus de puissance économique ».....	186
229.Notion.	
3° Les critiques formulées à l'encontre des deux critères.....	187
230.Un critère difficile à identifier. – 231.Un critère inutile ?	

B. La procédure « originale » de détermination de la clause abusive.....	187
1° Un encadrement législatif.....	188
232.La liste de l'article 35.	
2° Un encadrement réglementaire.....	188
233.Les décrets du Conseil d'Etat.	
3° L'avis de la Commission des Clauses Abusives.....	189
234.La mission de la Commission des Clauses Abusives (CCA). – 235.Les limites de sa mission.	
II. L'échec de la loi de 1978.....	190
A. Le pouvoir judiciaire en retrait.....	190
1° Le premier rôle au pouvoir réglementaire.....	190
236.Une procédure strictement réglementaire.	
2° Le second rôle au pouvoir judiciaire.....	191
238.Un juge réservé. – 239.Le paradoxe de la loi de 1978.	
B. L'absence de la détermination réglementaire.....	193
1° Une détermination réglementaire limitée.....	193
a) L'unique décret de 1978.....	193
240.Le décret du 24 mars 1978.	
b) L'insuffisance du support de l'article 35 de la loi de 1978.....	195
241.Un support restrictif. – 242.Un support flexible.	
2° L'affranchissement des « listes » par la Cour.....	196
a) Premiers infléchissement	196
243.Arrêt « Hom Salon ». – 244.L'arrêt « Kodak ». – 245.L'arrêt de l'école d'hôtesse de l'air de Tunon.	
b) Confirmation de l'application extensive de la réglementation des clauses abusives par la Cour.....	199
246.Arrêt « Lorthioir ». – 247.Arrêt « Ufith ». – 248.Un moyen d'ordre public. – 249.Arrêt « CRESERFI ». – 250.Arrêt « CGL ». – 251.Arrêt « Diac ». – 252.Arrêt « Pigier ». – 253.La « prise d'indépendance » de la Cour. – 254.Arrêt « Mme Bonjour ». – 255.Une prise d'indépendance conforme à la procédure civile.	
§ 2. Les incertitudes liées à la loi de 1995.....	207
256.La directive de 1993.	
I. Le contenu de la loi de 1995 dans la détermination des clauses abusives.....	208

A. Le critère unique de définition des clauses abusives.....	208
1° Le critère du « déséquilibre significatif ».....	208
257.Définition. – 258.Champ d'application.	
2° L'emploi du critère.....	210
a) La « méthode du bilan ».....	210
259.La méthode de l'article L.132-1 C. Consom.	
b) Deux éléments indicatifs.....	211
α) La condition d'absence de réciprocité.....	211
260.Dans la formation du contrat. – 261.Dans l'exécution	
du contrat. – 262.Clause limitative de responsabilité. –	
263.Dans la rupture du contrat.	
β) La condition de disproportion.....	213
264.Définition. – 265.Illustrations	
B. La création d'une liste exhaustive.....	215
266.L'objet de la liste. – 267.Clauses présumées abusives.	
II. La portée de la loi de 1995.....	216
A. Quelques imperfections de la loi.....	216
268.La « nébuleuse ».	
B. Une avancée considérable dans la détermination judiciaire des	
clauses abusives.....	217
1° Relevé d'office implicite.....	217
269.La présomption.	
2° Un système dualiste.....	218
270.L'office du juge et le système.	
SECTION 2 – « SCHISME » JURIDICTIONNEL NÉ DE LA CARENCE	
LÉGISLATIVE.....	220
§ 1. La jurisprudence <i>praeter legem</i> des juges du fond.....	220
I. Des juges du fond « pro-consommateurs ».....	221
A. L'implication « sociale ».....	221
271.Une faiblesse des consommateurs à protéger.	
B. Le « juge de Vienne ».....	222
273.E. RIGAL.	
II. Des solutions « pro-consommateur ».....	223

A. Illustration de cette jurisprudence en droit du crédit.....	223
274. <i>Le bordereau de rétractation.</i> – 275. <i>Le renouvellement du contrat.</i>	
B. Analyse critique de cette jurisprudence.....	224
276. <i>Une protection judiciaire « payante ».</i> – 277. <i>Une protection judiciaire « hors norme ».</i>	
§ 2. La jurisprudence <i>secundum legem</i> de la Cour de cassation.....	226
I. Une jurisprudence opposée au relevé d’office du juge en droit du crédit.....	226
278. <i>L’action sous prescription.</i>	
A. Le délai de forclusion.....	227
1° La définition du délai de forclusion.....	227
279. <i>Une définition unique pour une réglementation mixte.</i>	
2° Le champ d’application du délai de forclusion.....	229
280. « <i>Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum</i> ». –	
281. <i>L’exception du délai de forclusion.</i> – 282. <i>La nature de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts.</i>	
B. L’application de la forclusion par la Cour de cassation.....	231
1° La fixation du point de départ par la Cour.....	231
283. <i>La conclusion du contrat.</i>	
2° Illustration de la solution de la Cour.....	232
284. <i>La sévérité de la Cour.</i>	
II. Une jurisprudence doublement critiquable d’un point de vue	
« consommériste ».....	233
A. Une construction juridique critiquable.....	233
285. <i>Le moyen de défense est une demande</i>	
B. Une portée pratique critiquable.....	234
286. <i>La responsabilisation des consommateurs.</i> – 287. <i>Une responsabilisation inadaptée.</i>	
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	236
 CHAPITRE 2 – CONTROVERSE REGLÉE PAR UNE APPRÉHENSION	
RIGOUREUSE DE LA NOTION D’ORDRE PUBLIC DE PROTECTION.....	237
 SECTION 1 – LA TENEUR DE LA JURISPRUDENCE « GRINE ».....	238

§ 1. Le préambule de la jurisprudence « Grine ».....	238
I. Le préambule composé par les chambres civiles et commerciales.....	238
A. La chambre civile.....	238
290. <i>Emergence de la notion.</i> – 291. <i>Arrêt « SEMCODA ».</i>	
B. La chambre commerciale.....	240
292. <i>Faits et procédure.</i> – 293. <i>La solution.</i> – 294. <i>Le principe posé par le juge.</i> –	
295. <i>Un rapprochement des deux chambres.</i>	
II. La vigueur de la « théorie des nullités ».....	242
297. <i>La nullité.</i> – 298. <i>La sanction.</i>	
§ 2. L'arrêt de principe dit « Grine » du 15 février 2000.....	243
I. Lecture de la solution « Grine » fondée sur la théorie des nullités.....	244
A. Exposé de la solution.....	244
299. « <i>Cofica c/ Monsieur Grine</i> ».	
B. Analyse de la solution.....	245
300. <i>La définition de la « nullité relative ».</i>	
II. La portée de la solution « Grine » fondée sur la théorie des nullités.....	246
A. La sous-distinction de l'ordre public.....	246
301. <i>La notion d'« ordre public économique ».</i>	
1° L'ordre public de « direction ».....	247
303. <i>Immixtion du juge en droit monétaire et financier.</i>	
2° L'ordre public de « protection ».....	248
304. <i>Définition.</i> – 305. <i>Ordre public et indisponibilité des droits.</i> –	
306. <i>Illustration d'ordre public de direction.</i> – 307. <i>Lecture de la solution.</i>	
B. La portée de la sous-distinction sur le relevé d'office.....	250
308. <i>La destination des sanctions.</i> – 309. <i>La déchéance, une sanction « relative ».</i>	
1° Du point de vue de l'intérêt à agir.....	252
311. « <i>Nul ne plaide par procureur</i> ».	
2° Du point de vue de la prétention des parties.....	253
313. « <i>[...] on n'a pas plus de droit que celui qu'on réclame</i> ». –	
314. <i>Déchéance versus prétentions des parties.</i>	
SECTION 2 – LA RIGUEUR DE LA JURISPRUDENCE « GRINE ».....	255
§ 1. Une solution strictement appliquée par les juges.....	255

I. Les chambres civiles de la Cour de cassation.....	255
A. La solution « Grine » de la deuxième chambre civile.....	255
B. La solution « Grine » de la troisième chambre civile de la Cour.....	256
316. Une chambre attachée au moyen de pur droit.	
1° De la nullité relative.....	257
2° De la renonciation.....	257
317. Les conditions de la renonciation.	
II. La solution « Grine » de la chambre sociale de la Cour de cassation.....	258
318. Du CDD au CDI.	
A. La solution « Berger des Causses » du droit social.....	259
319. La théorie des nullités de 1955. – 320. Un Code du travail protecteur des salariés.	
B. La solution « Grine » en droit social.....	260
1° L'ordre public et la requalification du contrat de travail.....	260
321. Code du travail et CPC.	
2° Le principe du contradictoire et la requalification du contrat de travail.....	261
322. Relevé d'office sous condition. – 323. Mise en perspective.	
§ 2. Une solution critiquée par la doctrine.....	262
I. Une contradiction avec le droit civil.....	262
A. La fragilité de la solution au regard du Code de procédure civile.....	262
1° L'article 12 du Code de procédure civile	263
324. La théorie des nullités à l'épreuve de l'article 12. – 325. <i>Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.</i>	
2° L'article 472 du Code de procédure civile.....	264
326. « Les absents ont toujours tort ». – 327. L'office du juge et le défaut de comparution.	
B. La fragilité de la solution au regard du Code civil.....	266
328. La théorie des nullités à l'épreuve du Code civil.	
II. Une réduction du droit de la consommation.....	267
A. Une réduction via une protection relative.....	267
330. Le relevé d'office à l'épreuve du droit de la consommation. – 331. Le droit de la consommation d'ordre public.	
B. L'émergence de la théorie « moderne » des nullités.....	269
332. Une théorie des nullités inadaptée. – 334. Critiques doctrinale. – 335. L'abandon de la théorie « classique » des nullités.	

CONCLUSION DE CHAPITRE.....	272
CONCLUSION DE TITRE.....	273
CONCLUSION DE PARTIE.....	275
<i>343.Le pivot de la controverse. – 344.L’origine de la controverse.</i>	
 PARTIE 2 – LE RELEVÉ D’OFFICE DU JUGE CONSACRÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION.....	 278
 TITRE 1 – UNE CONSÉCRATION OPPORTUNE DU RELEVÉ D’OFFICE.....	 280
 CHAPITRE 1 – LE RELEVÉ D’OFFICE CONSACRÉ PAR LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE.....	 281
 SECTION 1 – LA LÉGITIMITÉ DE LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE EN DROIT INTERNE.....	 282
 §1. L’outil du droit européen de la consommation.....	282
<i>347.Définition.</i>	
I. L’insertion de la directive en droit interne.....	283
A. Le procédé de transposition en droit interne.....	283
<i>348.Transposition et applicabilité.</i>	
1° Le mécanisme de la transposition.....	284
<i>349.Une exigence constitutionnelle.</i>	
2° Les conditions de la transposition.....	284
<i>350.La double condition.</i>	
B. Les effets de la directive en droit interne.	286
1° L’« invocabilité », une notion autonome de la transposition...	286
a) Définition de la notion d’« invocabilité ».....	286
<i>352.Une notion autonome. –353.Illustration.</i>	
b) Atténuations à l’attachement de l’invocabilité à la transposition.....	288
<i>354.La directive « en voie » de transposition. – 355.La directive non-transposée.</i>	

2° L'effet direct « d'exception » de la directive en droit interne.....	290
a) Précision terminologique.....	290
356. <i>L'effet direct et l'effet immédiat.</i>	
b) La Cour de justice et l'effet direct.....	291
357. <i>Uniformité de régime.</i> – 358. <i>Le juge national de l'effet direct.</i>	
3° « L'effet utile » « de principe » de la directive.....	292
a) Définition de la notion de l'effet utile.....	292
359. <i>L'effet utile et la primauté du droit européen.</i>	
b) Mise en jeu de la notion.....	293
360. <i>L'effet utile ou l'effet « juridique ».</i> – 362. <i>Portée de l'effet utile.</i>	
II. L'interprétation de la directive.....	294
A. La théorie de l'« interprétation conforme »	295
1° La définition de la notion de l'« interprétation conforme »	295
363. <i>Le « contenu » et « l'esprit » du droit communautaire.</i> – 364. <i>Arrêt « Von Colson ».</i>	
2° La portée de la théorie de l'« interprétation conforme » en droit des clauses abusives.....	296
365. <i>Relevé d'office du juge et « interprétation conforme ».</i> – 366. <i>« Prévenir, c'est agir ».</i>	
3° La garantie du respect du principe de l'« interprétation conforme »	298
367. <i>La « responsabilité » du juge national.</i> – 368. <i>Illustration.</i>	
B. La question préjudicielle.....	299
369. <i>L'interprète.</i>	
1° Le moyen de l'interprétation du droit européen.....	299
370. <i>L'article 267 TFUE.</i> – 371. <i>Une question « facultative ».</i>	
2° La procédure relative à la question préjudicielle.....	301
a) L'examen de la question.....	301
372. <i>La condition de « pertinence ».</i>	
b) La réponse à la question préjudicielle.....	302
373. <i>La reformulation de la question.</i> – 374. <i>L'intérêt de la réponse.</i> – 375. <i>Une réponse « limitée ».</i>	

§2. Les conditions du droit européen de la consommation.....	304
I. La condition issue du degré d’harmonisation.....	304
A. La notion d’« harmonisation » des directives.....	304
377. <i>Le degré d’harmonisation.</i> – 378. <i>La directive de 1993.</i> – 379. <i>Les « défauts » d’une harmonisation maximale.</i>	
B. Des illustrations de la notion d’« harmonisation »	306
380. <i>Sur la définition de la clause abusive.</i> – 381. <i>Une interprétation dans le respect du degré d’harmonisation.</i>	
II. Les conditions issues de la notion d’autonomie procédurale.....	308
A. Définition de la notion.....	308
382. <i>Articles 6 et 7 de la directive de 93/13/CEE.</i>	
B. Extrémités de la notion.....	309
383. <i>Double « extrémité ».</i>	
1° Les principes d’équivalence et d’effectivité.....	310
384. <i>Définitions.</i> – 385. <i>Le principe d’effectivité et le relevé d’office.</i>	
2° La portée des extrémités sur la question du relevé d’office du juge.....	311
386. <i>L’effectivité du droit européen de la consommation.</i> – 387. <i>Un équilibre fragile.</i> – 388. <i>Illustration de cet équilibre.</i>	
 SECTION 2 – LA CONSÉCRATION COMMUNAUTAIRE DU RELEVÉ D’OFFICE EN DROIT INTERNE.....	 314
§ 1. Une consécration communautaire ciblée.....	314
I. La consécration du relevé d’office du juge de « Cofidis et Cie ».....	314
A. L’arrêt « Océano Grupo »	314
1° La question préjudicielle du juge espagnol.....	315
390. <i>La clause attributive de compétence.</i>	
2° La réponse de la Cour de justice.....	316
a) Une solution protectrice.....	316
391. <i>Le critère de la négociation individuelle.</i> – 392. <i>La solution de la Cour.</i>	
b) Une solution limitée.....	317
393. <i>Champ restreint.</i> – 394. <i>Portée relative.</i>	

B. L'arrêt « Cofidis contre Fredout »	318
1° Une solution conforme à la théorie « moderne » des nullités... 318	
396. <i>La solution « Cofidis ».</i> – 397. <i>La consécration du relevé d'office.</i>	
2° Une solution qui s'intéresse au délai de forclusion.....	320
398. <i>Délai de forclusion et effectivité.</i> – 399. <i>Critiques doctrinales.</i> – 400. <i>La protection effective du consommateur.</i> – 401. <i>Le « revirement » de la loi MURCEF.</i> – 402. <i>La portée de la loi « MURCEF » sur le relevé d'office.</i>	
II. Le relevé d'office du juge, vers un devoir du relevé d'office ?	324
A. L'émergence d'un semblant d'obligation du relevé d'office.....	324
1° L'émergence d'une obligation à travers l'arrêt « Mostaza Claro »	324
403. <i>L'évolution supplémentaire de l'arrêt « Claro ».</i> – 404. <i>La question préjudicielle.</i> – 405. <i>La réponse de la Cour de justice.</i>	
2° L'émergence d'une obligation pour le juge ?	327
406. <i>Des formules classiques.</i> – 407. <i>Un abandon progressif de la théorie classique des nullités.</i> – 408. <i>Droit des clauses abusives et ordre public.</i>	
B. Les critiques de l'émergence d'un semblant d'obligation du relevé d'office.....	329
409. <i>L'ancien article 1458 du N.C.P.C., alinéa 4.</i> – 410. <i>Une question de bonne foi.</i> – 411. <i>« J'accuse..! ».</i> – 412. <i>Une altération de l'autonomie procédurale.</i> – 413. <i>Un affaiblissement du principe de sécurité juridique.</i>	
§ 2. Une consécration communautaire à portée limitée.....	334
I. Le droit du crédit exclu de la consécration dans la jurisprudence interne.....	334
A. Le maintien de la jurisprudence interne de la théorie des nullités.....	334
414. <i>Un attachement à la théorie des nullités.</i> – 415. <i>Aménagements.</i> – 416. <i>Une formulation d'usage.</i>	
B. Le maintien de la jurisprudence interne de la forclusion.....	337
1° La solution de la Cour.....	337
a) Un juge d'instance consumériste.....	337
418. <i>La procédure.</i>	
b) Une Cour « processualiste »	338
420. <i>Une solution « Cofidis » « hors-sujet ».</i>	

2° Une solution doublement critiquable.....	340
a) Sur le point de départ du délai de forclusion.....	340
421. <i>L'attachement de la Cour à la jurisprudence dite de la « vieille école ».</i>	
b) Sur le relevé d'office.....	341
422. <i>Une distinction « artificielle ».</i> – 423. <i>La jurisprudence de la Cour d'appel.</i>	
II. Le droit du crédit inclus partiellement dans la consécration.....	343
A. L'apport considérable de l'arrêt « Rampion »	343
1° La question préjudicielle.....	343
425. <i>Faits et procédure.</i> – 426. <i>La difficulté de la consécration ciblée.</i>	
2° La solution de l'arrêt « Rampion »	345
427. <i>Le principe d'effectivité.</i> – 428. <i>La portée de l'arrêt « Rampion ».</i> –	
429. <i>Un abandon définitif de la théorie des nullités.</i>	
B. L'imperfection de l'arrêt « Rampion »	348
1° La restriction du champ d'application de la consécration.....	348
a) Une consécration communautaire étendue.....	348
430. <i>L'optimisme maintenu.</i>	
b) Une scission du droit de la consommation.....	349
431. <i>Une solution transposable à toutes les directives, rien que les directives.</i>	
2° Le silence quant aux effets de la consécration.....	349
a) <i>Quid</i> des limites tirées des sanctions du crédit à la consommation ?	350
432. <i>La déchéance une « peine privée ».</i> – 433. <i>La déchéance et la Conv. EDH.</i> – 434. <i>La déchéance et le principe dispositif.</i>	
b) Une interprétation de la solution quant aux effets du relevé d'office.....	352
435. <i>Déchéance, une sanction « absolue ».</i>	
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	354

CHAPITRE 2 – LE RELEVÉ D’OFFICE CONSACRÉ PAR LE LÉGISLATEUR COMMUNAUTAIRE..... 355

SECTION 1 – LA LOI « CHATEL » ET L’« EFFET UTILE » DU DROIT DE LA CONSOMMATION..... 357

439.La loi « Chatel » de transposition de la directive.

§ 1. La portée relative de l’article « prodige » quant à l’étendue de la consécration du relevé d’office..... 359

I. La consécration du relevé d’office..... 359

A. L’apparition de l’article L.141-4 dans le Code de la consommation... 359

1° Une apparition bienvenue.....360

440.L’inertie des « conseils ». – 441.Une « moralisation » des comportements.

2° Une apparition nécessaire.....363

442.« Nemo censetur ignorare legem ».

B. L’abandon de la jurisprudence antérieure..... 363

1° L’abandon du moyen d’ordre public..... 364

443.« Le juge peut soulever d’office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». – 444.La portée de l’abandon. – 445.Une « issue de secours » condamnée.

2 ° L’abandon du moyen de « pur droit » 366

446.« Toutes ».

II. Les limites de la consécration..... 366

A. Le champ restreint de la consécration.....366

1° Le relevé d’office des dispositions « du présent code »..... 366

447.« [...] Du présent code [...] ». – 448.Droit de la consommation à « deux vitesses ». – 449.L’effet utile du Code de la consommation.

2° Le relevé d’office des « litiges nés » de son application.....369

450.Une injonction de payer à l’écart.

B. L’utilité relative de la consécration.....370

1° Une utilité relative au regard de l’article 12371

a) La « cohabitation » forcée..... 371

453.Article L.141-4 versus article 12 ou le « mariage forcé ».

b) La confusion des articles L.141-4 et 12, alinéa 1^{er} ?.... 372

454.Le premier alinéa ou le relevé d’office.

2° Une réforme prudente et des propositions téméraires.....	372
a) Propositions de réformes de l'article L.141-4.....	373
455.Un élargissement au droit de la consommation. – 456.Un anéantissement de la théorie des nullités.	
b) Propositions de réformes de l'article 12.....	374
457.Un article L.141-4 du « Code de procédure civile ». – 458.L'intérêt de la proposition en droit civil. – 461.Les hommes sont tous égaux « en moyens juridiques ». – 462.Un article 12, « alinéa 4 » du CPC ou la « résurrection » de l'ancien alinéa 3. – 464.Un débat aux cendres encore chaudes.	
§ 2. La portée incertaine de l'article « prodige » quant à l'intensité du relevé d'office...	378
I. L'incertitude de l'intensité du relevé d'office.....	379
A. La critique de la faculté du relevé d'office.....	379
1° La liberté au juge, le risque aux justiciables.....	379
466.Insécurité juridique. – 467.Arbitraire judiciaire. – 468. « Forum shopping ».	
2° La liberté du juge dénoncé par les associations de consommateurs.....	381
469.Une « délégation quasi-totale au pouvoir judiciaire ». – 470. « Petit-déjeuner » à l'américaine.	
B. Le relevé d'office, entre obligation et faculté.....	383
1° Une faculté au regard du texte.....	383
471.La proposition de réforme. – 472.Le troisième alinéa de l'article 16 du CPC. – 473.L'ancien alinéa 3 de l'article 12 du CPC.	
2° Une obligation au regard de l'office du juge.....	385
474.Le « serpent de mer ».	
a) Le Code civil à titre subsidiaire.....	386
475.L'article 6 du Code civil. – 476.L'article 1134 du Code civil	
b) A titre principal, le Code de procédure civile.....	388
477.Le relevé d'office par défaut de l'article 472 du CPC. – 478.Le relevé d'office par principe de l'article 12 du CPC. – 479.L'article 12 du CPC à la lumière de l'article 4 du Code civil.	
II. La préférence à l'obligation.....	391
A. Une préférence au regard de la notion d'ordre public.....	391
480.Le Code de la consommation, catégorie « hybride » ? – 481.L'intérêt de la sous-distinction.	

B. Une préférence au regard de la protection du consommateur.....	393
1° L'obligation conforme au procès équitable.....	394
483. <i>Des regrets formulés.</i> – 484. <i>Des regrets relativisés.</i>	
2° L'obligation, conforme à l'effectivité du droit de la consommation.....	396
486. <i>Sous-distinction supplémentaire.</i> – 487. <i>Proposition de « doit ».</i>	
 SECTION 2 – LA JURISPRUDENCE ET L'« EFFET UTILE » DU DROIT DE LA CONSOMMATION.....	399
 § 1. La jurisprudence française du « peut »	399
489. <i>La jurisprudence des juges du fond.</i>	
I. L'arrêt « Crédit mutuel c/ Betton »	400
A. La solution inespérée de l'arrêt « Betton »	400
1° Jurisprudence « avant-Chatel »	401
491. <i>Faits et procédure.</i>	
2° Jurisprudence « après-Chatel »	402
492. <i>La solution de la Cour.</i>	
B. Les effets de la solution « Betton » sur la déchéance du droit aux intérêts.....	403
493. « [...] La banque est déchue [...] ».	
1° Déchéance du droit aux intérêts et ordre public.....	404
a) Déchéance du droit aux intérêts, le doute <i>supra</i> « Chatel »	404
b) Les sanctions civiles de l'ordre public de direction.....	404
495. <i>Loi « Chatel », ordre public et « peine privée ».</i>	
2° Déchéance du droit aux intérêts et prétention.....	405
a) La sanction de la déchéance au regard de la procédure civile.....	406
497. <i>Réforme « MURCEF » et déchéance.</i> – 498. <i>Objet du litige et déchéance.</i>	

b) La sanction de la déchéance au regard de la jurisprudence.....	408
500.La prudence des juges. – 501.Arrêt « Accea ». – 502.Arrêt « Cetelem ». – 503.Une prudence inutile ? – 504.Le prêt à taux « zéro ». – 505.Solution.	
II. La portée de l’arrêt « Betton »	412
A. Une solution restrictive.....	412
1° Par le champ d’application	412
a) Un arrêt d’« anticipation »	413
507. « A cheval » entre la théorie des nullités et la loi « Chatel ».	
b) Un arrêt nostalgique	414
508. « [...] d’ordre public [...] ». – 509.Une « transition » restrictive.	
2° Par l’intensité	415
511.L’arbitraire redouté.	
B. Confrontation de jurisprudences : l’arrêt « Dauvin »	416
513.Un bref rappel de l’arrêt « Dauvin ». – 514.Analyse comparative.	
§ 2. Les limites de la jurisprudence française du « peut »	417
I. Limites issues de la nature des dispositions.....	417
515.La réforme consumériste « Lagarde ». – 516.Portée de la réforme.	
A. Le délai de forclusion, un impératif issu des textes.....	419
1° L’article 125 du Code de procédure civile d’exception.....	419
517.Les fins de non-recevoir doivent être relevées d’office.	
2° L’article L.311-52 du Code de la consommation d’exception.....	420
518.Les actions en paiement doivent être formées dans les deux ans.	
B. Le délai de forclusion, un impératif issu de la notion d’ordre public...	420
1° Un attachement « d’ordre public » ou l’article L.313-17 du Code de la consommation.....	421
519.Combinaison gagnante.	
2° Un régime dualiste.....	422
520.Entre faculté consumériste et obligation processuelle. – 521.Mise en perspective.	

II. Limites issues des principes directeurs.....	424
A. Le principe du contradictoire.....	425
1° Le principe de l'article 16 du CPC.....	425
522. « Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».	
a) Le contradictoire quant aux moyens de droit.....	426
523. Le contradictoire contre l'arbitraire du juge.	
b) Le contradictoire quant au moyen de procédure.....	427
524. Le contradictoire, garantie du consentement du consommateur.	
2° La procédure orale.....	427
B. Le principe dispositif.....	428
1° Une limite jurisprudentielle.....	428
a) Le principe de l'appartenance des faits aux parties.....	429
528. Les faits aux parties, le relevé d'office au juge. – 529. Principe dispositif et délai de forclusion.	
b) La jurisprudence.....	430
530. Arrêt « Crédit agricole ». – 532. Arrêt « Finaref I ». – 534. Arrêt « Finaref II ». – 537. Arrêt « Cofidis ». – 539. Arrêt « Médiatis ».	
2° Un dépassement légitime de la limite.....	435
a) Des motifs de dépassement.....	435
541. Un dépassement souhaité. – 543. Un dépassement nécessaire.	
b) Des solutions pour un dépassement.....	437
545. La recherche d'office des faits « dans le débat ».	
 CONCLUSION DE CHAPITRE.....	 441
CONCLUSION DE TITRE.....	442
 TITRE 2 – UNE CONSÉCRATION PARTIELLE DU RELEVÉ D'OFFICE.....	 444
 CHAPITRE 1 – LE RELEVÉ D'OFFICE CONÇU PAR LE JUGE EUROPÉEN.....	 445
 SECTION 1 – L'INTENSITÉ DU RELEVÉ D'OFFICE OU « L'AUTOPSIE » DE L'ARRET « PANNON »	 446
553. L'arrêt « Pannon » de l'obligation. – 554. La réponse de la Cour de justice.	

§ 1. La consécration de l'obligation du relevé d'office.....	449
I. Une consécration d'origine européenne.....	449
A. Un principe ancien dans les textes	449
557.La directive de 1993, dans le sens d'une obligation pour le juge.	
1° L'article 7 de la directive.....	450
2° L'article 8 de la directive.....	450
B. Un principe nouveau dans la jurisprudence.....	450
1° L'affirmation de « Pannon »	451
a) La solution de l'arrêt « Pannon »	451
559.En bref. – 560.Questions préjudicielles « évolutives ». –	
561.L'arrêt « Mostaza » ou le commencement de « l'obligation ». –	
562.La solution.	
b) La portée de la solution « Pannon »	453
563.L'effet utile au soutien de la solution. – 567.Une solution saluée	
par la doctrine.	
2° La confirmation « Asturcom »	454
569.Le rappel de l'obligation du relevé d'office. – 570.L'équilibre	
contractuel	
II. La portée singulière du principe de l'obligation en droit interne.....	456
A. L'adaptation nécessaire du principe interne de la faculté du relevé	
d'office.....	456
1° La portée de la solution au regard de la jurisprudence	
interne.....	456
572.« Mais attendu que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du	
code de la consommation doit être relevée d'office par le juge » ?	
a) Un revirement relatif de l'arrêt « Betton ».....	457
573.L'origine du moyen relevé d'office.	
b) Un revirement possible de l'arrêt « Betton »	457
574.L'arrêt du 19 février 2014. 575.La solution.576. A la « croisée »	
des solutions. 578.Synthèse	
2° La portée de la solution au regard de la loi « Chatel ».....	460
a) Une limite supplémentaire au principe de la	
faculté.....	460
579.Un cloisonnement des « systèmes ».	

b) Réception doctrinale de la limite supplémentaire.....	461
<i>580.Intensité « multiforme ».</i>	
B. Une adaptation du droit interne inutile.....	462
1° Le décret « LME » et l'obligation du relevé d'office.....	463
<i>583.La liste « bicolore ». – 584.Le relevé d'office ou la liste « bicolore ».</i>	
2° La portée du décret « LME »	465
a) La conformité du droit interne avec la jurisprudence européenne.....	465
<i>585.Une conformité via la liste « noire ». – 586.Une conformité relative. – 587.La CCA. – 588.Les clauses illicites.</i>	
b) Une nouvelle sous-distinction de nature réglementaire.....	466
§ 2. Le conditionnement de l'obligation du relevé d'office.....	467
I. Le « mode d'emploi » de détermination des clauses abusives.....	467
A. Le « mode d'emploi » européen du caractère abusif.....	467
1° La notion de l'appréciation « circonstanciée »	468
<i>589.Article 4, § 1 de la directive.</i>	
2° Les critères déterminants de l'appréciation « circonstanciée ».....	469
a) Le « déséquilibre significatif » de l'article 3.....	469
<i>591.La jurisprudence « pré-Pannon ». – 592.L'arrêt « Cofidis ». – 593.L'arrêt « Freiburger » et le critère de « l'abus ». – 595.La jurisprudence « post-Pannon ». – 596.L'arrêt « Mohamed Aziz ». – 598.L'arrêt « Ignacio ».</i>	
b) Les « clauses standardisées » de l'article 3	474
<i>600.La « présomption de caractère abusif ». – 603.Arrêt « Vertrieb ». – 604.« L'effet utile » de la directive.</i>	
B. Le « mode d'emploi » réglementaire de détermination des clauses abusives.....	476
1° La « conviction » de la liste noire.....	477
<i>606.Douze clauses « noires ».</i>	
2° La « présomption » de la liste grise.....	478
<i>607.Dix clauses « grises ».</i>	

II. Le principe « <i>da mihi factum</i> » revisité.....	478
A. La production des éléments de fait et de droit.....	478
1° L'arrêt « Pannon »	479
<i>608. Le mécanisme de l'allégation des faits. – 609. L'immutabilité de l'objet du litige.</i>	
2° La portée de l'arrêt « Pannon » en droit interne	480
B. L'exception des mesures d'instruction.....	480
1° Arrêt « Lizing contre Schneider »	481
<i>612. La question préjudicielle. – 613. La réponse de la Cour.</i>	
2° La portée de l'arrêt en droit interne.....	482
<i>615. Nouvelle « scission » ?</i>	
SECTION 2 – LES EFFETS DU RELEVÉ D'OFFICE.....	485
§ 1. La demande en nullité « revisitée »	485
I. Le silence comme prétention.....	485
A. Une formulation des prétentions inutile.....	485
1° Par une lecture des textes.....	486
<i>616. Les textes communautaires. – 617. Les textes réglementaires.</i>	
2° Par souci d'« effectivité »	486
B. Une formulation des prétentions dépassée.....	487
1° Le dépassement exigé par le juge européen.....	487
a) L'interprétation du silence.....	488
<i>620. « [...] Il ne l'applique pas [...] ». – 621. « Qui peut le moins peut le plus ». – 622. « N'est pas tenu ».</i>	
b) L'interprétation de la demande.....	490
<i>623. L'arrêt « Duarte Hueros ». – 624. La solution de l'arrêt. – 625. L'arrêt « Erika Joros ». – 626. La solution de la Cour. 627. La modification du fondement juridique.</i>	
2° Le dépassement envisagé en droit interne.....	494
<i>628. Une jurisprudence ultra petita ?</i>	
II. La renonciation comme exception.....	495
A. Un principe dégagé par la Cour.....	495
1° « [...] si le consommateur s'y oppose »	496
<i>631. « Qui dit mot renonce ».</i>	

2° Si le consommateur « [manifeste] son intention [...] »	496
<i>632.Un « revirement » de jurisprudence ? – 633.La « teinte » des nullités.</i>	
B. Le contradictoire comme sésame.....	497
1° Un « sésame » pour la Cour de justice.....	498
a) Le sous-entendu de l'arrêt « Pannon »	498
b) La précision de « Banif Plus Bank »	498
<i>636.« Toutefois [...] ».</i>	
2° Une dérogation pour le droit interne.....	500
<i>637.Instrumentalisation originale.</i>	
§ 2. La sanction de la nullité « méditée ».....	501
I. Le sort du contrat litigieux.....	501
A. Le relevé d'office de la nullité du contrat.....	502
1° L'effet utile de l'arrêt « Eva Martín »	502
<i>639.La solution. – 640.L'effectivité de la protection des consommateurs.</i>	
2° L'analyse critique de la solution « Eva Martín »	503
<i>641.L'ambiguïté de l'intensité. – 642.La faveur à la faculté.</i>	
B. La nullité du contrat par défaut.....	504
1° La précision de l'arrêt « Jana Pereničová »	505
<i>644.« Sanction et protection ». – 645.La solution de l'arrêt. –</i>	
<i>646.L'autonomie du contrat.</i>	
2° La confirmation de l'arrêt « Jana Pereničová »	507
<i>647.L'arrêt « Erika Jörös».</i>	
II. Le sort de la clause abusive.....	507
A. L'effet <i>erga omnes</i> de la nullité de la clause.....	508
<i>649.« Un pour tous, tous pour un ». – 650.Une solution opportune.</i>	
B. Les alternatives à la nullité de la clause.....	510
1° L'impossible révision de la clause.....	511
a) La précision de l'arrêt « Banco Español »	511
<i>652.« Anéantir ou bannir ». – 653.La solution de la Cour. – 654.Une</i>	
<i>révision contraire au droit européen de la consommation.</i>	
b) La confirmation de l'arrêt « Asbeek Brusse »	513
<i>655.Une solution de « confirmation ».</i>	

2° La substitution possible de la clause.....	514
<i>656.« Conserver ou substituer », l'arrêt « Kasler ». – 657.La solution de la Cour. – 658.Une solution surprenante. – 659.Une substitution conforme au droit européen de la consommation.</i>	
CONCLUSION DE CHAPITRE.....	518
CHAPITRE 2 – LE RELEVÉ D’OFFICE REÇU PAR LE LÉGISLATEUR FRANÇAIS.....	519
<i>661.L’initiative européenne. – 662.La loi « Hamon ». – 663.En bref. – 664.Et le relevé d’office du juge ?</i>	
SECTION 1 – UN RELEVÉ D’OFFICE RELATIVEMENT CONSACRÉ POUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS.....	524
§1. La nullité de la clause abusive consacrée en droit interne.....	524
<i>666.Le nouvel article L. 141-4, alinéa 2. – 667.Mise en perspective du droit européen.</i>	
I. Une conformité partielle avec le droit européen.....	525
A. L’obligation du relevé d’office conforme au droit européen.....	525
1° L’intensité commune du relevé d’office du juge.....	526
<i>668.Le 6° alinéa.</i>	
2° La condition essentielle commune au relevé d’office du juge	527
<i>669.Le principe du contradictoire.</i>	
B. La nullité de la clause conforme au droit européen.....	527
<i>670.La nullité de la clause, unique option.</i>	
II. Un « décalage » partiel avec le droit européen.....	528
A. Le « décalage » de l’article L.141-4.....	528
1° Au regard du second alinéa	528
<i>671.La mention des « éléments du débat ». – 672.L’absence de la « renonciation »</i>	
2° Au regard du premier alinéa.....	529
<i>673.Un peu d’insécurité juridique.</i>	
B. Les raisons de ce « décalage »	531
<i>674.Un décalage « théorique ».</i>	

§ 2. La déchéance du droit aux intérêts adaptée en droit interne.....	532
<i>675.La déchéance au soutien du formalisme contractuel. – 676.Le relevé d’office de la déchéance.</i>	
I. L’« oubli » de l’« effet utile » et la sanction de la déchéance.....	533
A. L’arrêt « Theret » de la Cour de cassation.....	534
<i>677.La nature du taux d’intérêt.</i>	
B. L’arrêt « Sofinco » de la Cour de cassation.....	535
<i>679.Un juge modérateur.</i>	
II. L’arrêt « Fesih Kalhan » et le rappel de l’« effet utile »	536
A. La solution de l’arrêt.....	536
1° La question préjudicielle.....	537
<i>682.Défaut de consultation du FICP.</i>	
2° La solution de la Cour de justice.....	537
<i>683.Application de l’article 1153 du Code civil contraire au droit européen de la consommation.</i>	
B. La portée de l’arrêt.....	539
<i>685.La sanction de la responsabilisation.</i>	
 SECTION 2 – UN RELEVÉ D’OFFICE RELATIVEMENT ÉVINCE DANS LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS.....	
	541
§ 1. Une éviction par la DGCCRF.....	541
<i>687.La sanction partagée.</i>	
I. Un nouveau pouvoir général de sanction.....	541
A. L’enquête préalable.....	542
<i>689.L’enquête.</i>	
B. La sanction administrative.....	543
1° L’injonction préliminaire.....	543
<i>690.L.141-1, VII, alinéa 1er.</i>	
2° L’amende administrative.....	543
<i>692.L’amende au soutien de l’effectivité du droit de la consommation. –</i>	
<i>693.L.141-1, VII, alinéa 2.</i>	
II. Un nouveau pouvoir particulier de sanction.....	545
A. La sanction administrative de la clause abusive.....	546
1° L’amende prononcée à l’encontre du professionnel.....	546
<i>694.L.132-2, alinéa 1^{er}.</i>	

2° La publicité prononcée à l'encontre du professionnel.....	546
<i>695.L.132-2, alinéa 2.</i>	
B. La nullité administrative de la clause abusive.....	547
<i>697.L.141-1, VIII, alinéa 1er, 1°. – 698.La nullité erga omnes. – 699.Une dépenalisation relative du droit de la consommation.</i>	
§2. Une éviction par les associations de consommateurs.....	549
I. Une action « préventive » renforcée des associations de consommateurs.....	550
A. La demande en nullité <i>inter partes</i> de l'association.....	550
<i>700.L'article L.421-2, alinéa 1^{er} du C. Consom. – 702.L'article L.421-6, alinéa 2 du C. Consom.</i>	
B. La demande en nullité <i>erga omnes</i> de l'association.....	552
<i>703.L.421-2, alinéa 2 du C. Consom. – 704.L'article L.421-6, alinéa 3 du C. Consom. – 705.Une réforme opportune.</i>	
II. Une action « curative » renforcée des associations de consommateurs.....	554
A. La consécration de l'« action de groupe »	554
1° Une longue évolution de l'« action de groupe »	554
<i>706.Rétrospective. – 707.Une action en représentation conjointe décevante.</i>	
2° Une « heureuse » consécration de l'« action de groupe »	556
<i>708.L'article 23 de la directive 2011/83/UE. – 710.Articles L.423-1 à L.423-26 du C. Consom.</i>	
B. Le mécanisme de l'« action de groupe »	559
1° La mise en œuvre de l'action de groupe.....	560
a) Les conditions de l'action de groupe.....	560
<i>711. Les associations « agréées ». – 712.Le « groupe » de consommateurs. – 713.Les professionnels. – L'objet de l'action. – 714.L'origine du litige. – 715.La réparation du préjudice « économique ».</i>	
b) La procédure de l'action de groupe.....	562
α) La procédure « normale ».....	562
<i>716.Phase « contentieuse ». – 717.Phase « non contentieuse ».</i>	
β) La procédure « simplifiée ».....	564
<i>719.Le principe du contradictoire.</i>	
2° Les effets de l'action de groupe.....	565
<i>720.Le dédommagement. – 721.L'accès au juge. – 722.Le paradoxe du « cavalier seul ». – 723.La dissuasion.</i>	

CONCLUSION DE CHAPITRE.....	569
CONCLUSION DE TITRE.....	570
CONCLUSION DE PARTIE.....	572
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	574
ANNEXES.....	585
BIBLIOGRAPHIE.....	604
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	648
TABLE DES MATIÈRES.....	654

Vu et permis d'imprimer

Avignon, le

Le Président de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
Emmanuel ETHIS

Titre et résumé en français : Relevé d'office du juge et droit de la consommation

L'office du juge est organisé par le Code de procédure civile au sein des principes directeurs : le juge est tenu de trancher le litige en droit et qu'il dispose, pour ce faire, de la faculté du relevé d'office de moyens de droit. Cette mission soulève une difficulté particulière en droit de la consommation, et notamment au regard du droit des clauses abusives et du crédit à la consommation : ces domaines impliquent la prise en compte du déséquilibre contractuel dû à la faiblesse du consommateur. L'office du juge est confronté à la nécessité de protéger cette « partie faible », ce qui pose la question de savoir si le juge dispose ou non de la faculté du relevé d'office. La difficulté de la réponse à y apporter ouvre une riche controverse (**Partie 1**) ; le législateur, au gré des réformes, et le juge, au gré des revirements, vont enrichir cette dernière pour finalement aboutir à une consécration du relevé d'office du juge (**Partie 2**).

Le juge national avait d'abord clairement désapprouvé l'exercice du relevé d'office au nom de la notion d'ordre public de protection. La controverse était finalement soumise à l'appréciation du juge communautaire qui avait permis une consécration de la faculté du relevé d'office. Poussé par la jurisprudence communautaire, le législateur français avait fini par s'aligner sur cette exigence. Puis c'est une nouvelle impulsion de la jurisprudence communautaire qui va à nouveau remettre en cause le droit interne par la consécration d'une obligation du relevé d'office pour le juge. La nouvelle loi « Hamon » du 17 mars 2014 et la jurisprudence interne récente ne témoignent pas d'une réelle satisfaction des exigences posées par le droit communautaire.

Il faut saisir, de l'ensemble de cette construction laborieuse de la jurisprudence et de la législation interne, la difficulté que pose la question du relevé d'office du juge en droit de la consommation, qui appelle de prochaines évolutions.

Titre et résumé en anglais: The office of the judge in law consumption

The office of the judge is organized by the rules of the Code of civil procedure: the judge must solve the litigations in law, and that, in order to do that, he benefits from the right to raise his own motion. This mission raises a particular difficulty in consumer law, especially regarding the law of the unfair clauses and consumer credit: these fields imply taking into consideration the contractual imbalance due to the weakness of the consumer. The office of the judge is confronted to the necessity to protect this « weak party », which raises the question of knowing if the judge has the right to raise his own motion. The difficulty of the answer opens a rich controversy (**Part 1**): the legislator, at the whim of the reforms, and the judge, at the whim of the reversals, will enrich this latter to finally come to a recognition of the right to raise the motion of the judge (**Part 2**).

First the national judge clearly disapproved the exercising of the right to raise one's own motion in the name of the concept of public order of protection. The controversy was finally submitted to the assessment of the Community judge who enabling a recognition of the right to raise the motion of the judge. Driven by the Community jurisprudence, the French legislator finally lined up with this requirement. Then, a new impulse of the Community jurisprudence will question again the national law by the recognition of the duty of the judge to raise his own motion. The new law « Hamon » of march 17th 2014 and the recent internal jurisprudence are not evidence of a real satisfaction of the requirement set down by the Community law.

We must embrace, from this laborious construction of the jurisprudence and internal legislation, the difficulty raised by the question of the right for the judge to raise his own motion concerning law consumption, which calls for future evolutions.

Discipline : Droit privé

Mots-clés : Clause abusive - Consommateur - Crédit à la consommation - Droit de la consommation - Moyen relevé d'office - Office du juge - Ordre public de protection - Professionnel

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du laboratoire :

L.B.N.C. - Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse
74 rue Louis Pasteur, 84000 Avignon.